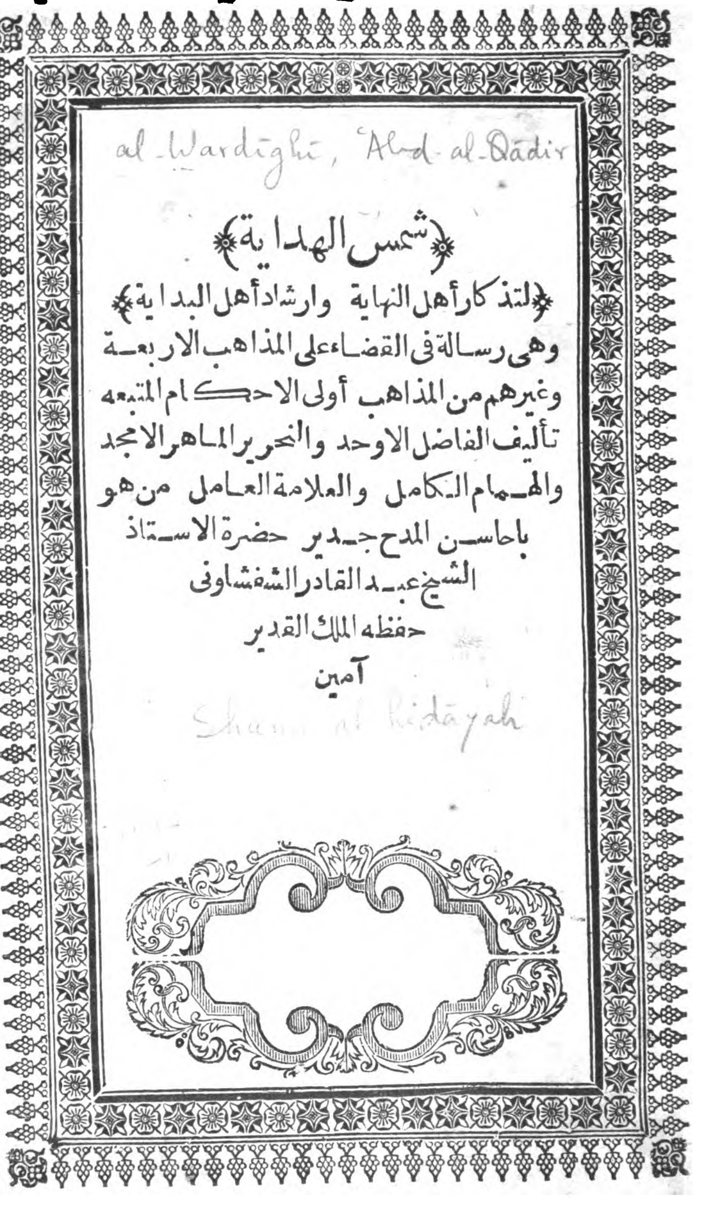
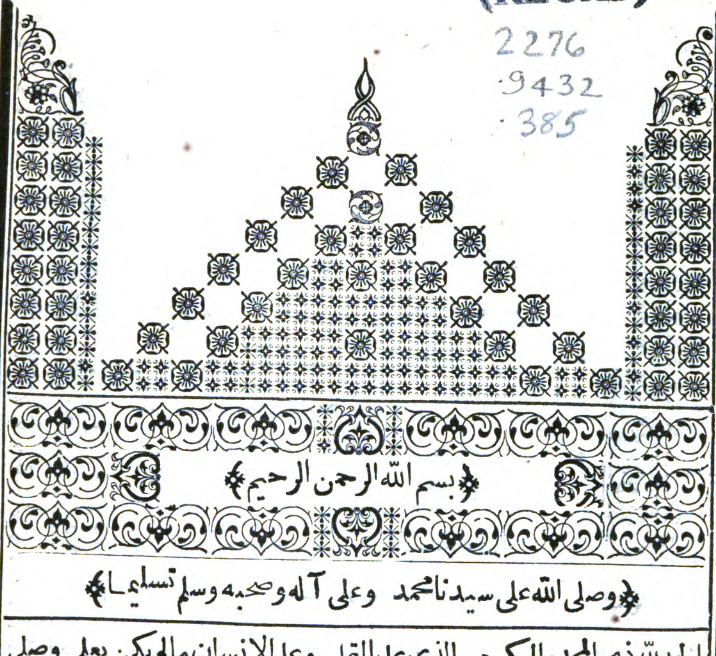


شمس الهداية

لتذكار أهل النهاية وارشاد أهل البداية

وهى رسالة فى القضاء على المذاهب الاربعة
وغيرهم من المذاهب أولى الاحكام المتبعه
تأليف الفاضل الاوحد والنحرير الماهر الامجد
والهمام الكامل والعلامة العامل من هو
باحاسن المدح جدير حضرة الاستاذ
الشيخ عبد القادر الشفشاونى
حفظه الملك القدير
آمين



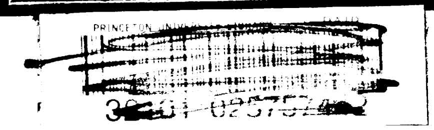
بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

الحمد لله ذي المجد والكرم الذي علم بالقلم وعلم الانسان مالم يكن يعلم وصلى
الله وسلم على سيد ولد آدم الذي أعطى جوامع الكلم وكمل به ديوان
الرسالة وختم ونسخت شريعته شرائع من تقدم من الامم مولانا محمد
صلى الله عليه وسلم ﴿أما بعد﴾ فان الله تعالى ختم بنبيه الكريم دينه
القويم وهدى به من شاء الى الصراط المستقيم وأسس شرعه المطهر على
أحسن أساس وتقويم وأيده بالدلائل الواضحة وحماه من الشبه
الفادحة وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق وصوابه المرشدة باداء
الحق الى أربابه ولذلك قال سبحانه وتمت كلمات ربك صدقا وعدلا لا مبدل
لكلماته اذ المراد بالكلمات ما أفصح به القرآن من مفحم الآيات وما
ظهر به صلى الله عليه وسلم من المعجزات وما ادخره لخواص أمته المطهرة
من الاستنباطات فكمل الدين كما أفصح به النذير المبين اليوم أكملت

لكم

لكم دينكم (ولما) كان علم القضاء من أجل العلوم قدرا وأعزها مكانا وأشرف ذكرا لانه مقام الى ومنصب نبوى به الدماء تعصم وتسفح والابضاع تحرم وتنكح والاموال يثبت ملكها ويسلب والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب والحجج التى تفصل بها الاحكام مهامه تحار فيها القطا وتقصر فيها الخطا وصار كل غبي على أعلى أسرة المحاكم يقعد ويتمطى كان من الواجب تحرير أصوله وتحرير فصوله حتى لا يتعاطى هذا المنصب الا من له به دراية عالى السند حفظا ورواية ﴿هذا﴾ ولما حللت بالقدس الشريف وتذاكرت مع الحسيب المنيف مفتى الشافعية الهمام أبو اسحق المولى يوسف الامام والمتصرف الغطريف البر العطوف المولى السيد محمد باشا رؤف وجرت المذاكرة فى بعض المسائل من أحكام الائمة الافاضل وأجبت عنها بما أقنع وما أحسن الذكر ان استمع وفى موضعه وقع فطلب منى تقييد بعض الفرائد التى هى عن أفكار جهابذة الوقت شوارد فواعدت بالافادة ثم جرى القدر بتعجيل السفر ولما استقرت بنا الدار باستانه على اكرام حضرة الشريف جلالة أحمد بيك مختار واستحضر لنا من نفائس الكتب المذخورة ما اشتملت عليه من الدرر المقدمة واليواقيت المؤخرة ما أمكن ان أؤلف به هذه الرسالة المختصرة على سنن المذاهب الاربعة وغيرهم من المذاهب أولى الاحكام المتبعة الى ما وشحتها به من نصوص الاجلة المتأخرين فجاءت بحمد الله جامعة وللأمة نافعة كساها المولى حلة القبول وجعلها من العمل المقبول بجاه أعظم رسول محمد صلى الله عليه وسلم أب البتول ﴿وسميتها شمس الهداية لتذكار أهل النهاية وارشاد أهل البداية﴾ وأسأل الله أن ينفع بها من قرأها أو حصلها أو سعى فى شئ منها والله يعصمنا من الزلل و يوفقنا لصالح القول والعمل على انى أسأل من الناظرين والجهابذة العالمين



العاملين ان يتأملوها بعين الانصاف في مظان الاتفاق والاختلاف
وما كان بها من خالل أصلحوه ومن سقط طرحوه فقلما يخلص متكلم
من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات وقد يسر المولى الوهاب ان
افتتحها برسالة أمير المؤمنين سيدنا عمر بن الخطاب اذهي عماد هذا
الخطاب وأتبعها بعشر من الابواب من أبواب القضاء وأختمها بما يتعلق
بذلك في ستة عشر بابا وبتتمة تتعلق بالعلماء في الآداب ونصها ﴿بسم الله
الرحمن الرحيم﴾ من عمر بن الخطاب أمير المؤمنين الى أبي موسى الاشعري
سلام عليك (أما بعد) فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا
أدلى اليك وانفذ اذا تبين لك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وسو بين
الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك
ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على من ادعى واليمين على من أنكر
والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ولا يمنعك قضاء
قضيته بالامس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع الى
الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه الفهم الفهم فيما تلجلج في
صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة اعرف الامثال والاشباه وقس
الامور عند ذلك واعمد الى أقربها الى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى
واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمرا ينتهي اليه فان أحضر بينة أخذت
له بحقه والا أوجبت القضاء فان ذلك أنفى للشك وأبلغ للعذر الناس
عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد أو مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا
في ولاء أو نسب فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات
والايمان واياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومات
فان الحق في مواطن الحق يعظم به الاجر ويحسن عليه الذخر فان من
يصلح ما بينه وبين الله تعالى وهو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس
ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غيره شانه الله فما ظنك بثواب الله عز وجل

في

في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام ﴿ابن سهل﴾ وقوله في هذه الرسالة المسلمون عدول بعضهم على بعض الخ رجع عنه بما رواه مالك في الموطا قال ربيعة قدم رجل من أهل العراق على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال قد جئتك على أمر لا رأس له ولا ذنب فقال عمر ما هو فقال شهادة الزور ظهرت بارضنا فقال عمر والله لا يوسر رجل في الاسلام بغير عدول اه وهذا يدل على رجوعه عما في هذه الرسالة من عموم قوله المسلمون عدول وأخذ الحسن والليث بن سعد من التابعين بما في هذه الرسالة من أمور الشهود والاكثر على خلافه لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقوله ممن ترضون من الشهداء اه من التسولي مع زيادة بيان قلت من تأمل هذه الرسالة العمرية وجدها تضمنت أصول علم القضاء رضي الله عنه

﴿كتاب الاقضية والشهادات ويتضمن عشرة أبواب وما يتصل بذلك ويتضمن ستة عشر بابا﴾

﴿الباب الاول في حكم القضاء وفي نظر القاضي وما يقضي به وفيه أربعة فصول﴾

(الفصل الاول في حكم القضاء) وهو فرض كفاية ويجب على الامام ان ينصب للناس قاضيا ومن كانت فيه أهلية له أجبر عليه فان امتنع سجن ثم ضرب ان لم يمتثل ولا ينبغي لاحد أن يطلب القضاء وان دعي اليه فالاولى له الامتناع ما لم يؤده الى تخريق ناموسه لان القضاء بلية ومن تولاه فكأنما ذبح بغير سكين ولو لم يرد فيه الا قوله عليه السلام قاضيان في النار وقاض في الجنة لكفى في الزجر ولله در صاحب التحفة حيث سماه بلية حيث قال

وذاك لما ان بليت بالقضا * بعد شباب مر عني وانقضى
واني أسأل من رب قضى * به علي الرفق منه في القضا
والحمل والتوفيق ان أكونا * من أمة بالحق يعدلونا

العاملين ان يتأملوها بعين الانصاف في مظان الاتفاق والاختلاف
وما كان بها من خلل أصلحوه ومن سقط طرحوه فقلما يخلص متكلم
من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات وقد يسر المولى الوهاب ان
افتتحها برسالة أمير المؤمنين سيدنا عمر بن الخطاب اذ هي عماد هذا
الخطاب وأتبعها بعشر من الابواب من أبواب القضاء وأختمها بما يتعلق
بذلك في ستة عشر بابا وبتتمة تتعلق بالعلماء في الآداب ونصها ﴿بسم الله
الرحمن الرحيم﴾ من عمر بن الخطاب أمير المؤمنين الى أبي موسى الاشعري
سلام عليك (أما بعد) فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا
أدلي اليك وانفذ اذا تبين لك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وسو بين
الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك
ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على من ادعى واليمين على من أنكر
والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ولا يمنعك قضاء
قضيته بالامس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع الى
الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه الفهم الفهم فيما تلجلج في
صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة اعرف الامثال والاشباه وقس
الامور عند ذلك واعمد الى أقربها الى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى
واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمرا ينتهي اليه فان أحضر بينة أخذت
له بحقه والا أوجبت القضاء فان ذلك أنفى للشك وأبلغ للعذر الناس
عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد أو مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا
في ولاء أو نسب فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات
والايمان واياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومات
فان الحق في مواطن الحق يعظم به الاجر ويحسن عليه الذخر فان من
يصلح ما بينه وبين الله تعالى وهو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس
ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غيره شانه الله فما ظنك بثواب الله عز وجل

فى عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام ﴿ابن سهل﴾ وقوله فى هذه الرسالة المسلمون عدول بعضهم على بعض الخ رجع عنه بما رواه مالك فى الموطا قال ربيعة قدم رجل من أهل العراق على عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال قد جئتك على أمر لا رأس له ولا ذنب فقال عمر ماهو فقال شهادة الزور ظهرت بارضنا فقال عمر والله لا يوسر رجل فى الاسلام بغير عدول اه وهذا يدل على رجوعه عما فى هذه الرسالة من عموم قوله المسلمون عدول وأخذ الحسن والليث بن سعد من التابعين بما فى هذه الرسالة من أمور الشهود والاكثر على خلافه لقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله ممن ترضون من الشهداء اه من التسولى مع زيادة بيان قلت من تأمل هذه الرسالة العمرية وجدها تضمنت أصول علم القضاء رضى الله عنه

﴿كتاب الاقضية والشهادات ويتضمن عشرة أبواب وما يتصل بذلك ويتضمن ستة عشر بابا﴾

﴿الباب الاول فى حكم القضاء وفى نظر القاضى وما يقضى به وفيه أربعة فصول﴾

(الفصل الاول فى حكم القضاء) وهو فرض كفاية ويجب على الامام ان ينصب للناس قاضيا ومن كانت فيه أهلية له أجبر عليه فان امتنع سجن ثم ضرب ان لم يمتثل ولا ينبغى لاحد أن يطلب القضاء وان دعى اليه فالاولى له الامتناع مالم يؤده الى تخريق ناموسه لان القضاء بلية ومن تولاه فكأنما ذبح بغير سكين ولو لم يرد فيه الا قوله عليه السلام قاضيان فى النار وقاض فى الجنة لكفى فى الزجر ولله درّ صاحب التحفة حيث سماه بلية حيث قال

وذاك لما ان بليت بالقضا * بعد شباب مرّ عنى وانقضى
وانى أسأل من رب قضى * به علىّ الرفق منه فى القضا
والحمل والتوفيق ان أكونا * من أمة بالحق يعدلونا

حتى أرى من مفرد الثلاثه * وجنة الفردوس لى وراثه

أما اذا تعين عليه فيجب عليه الدخول والطلب ان لم يوجد من يصلح لجهل أوظلم لان الاحكام تدور مع العلل

﴿الفصل الثانى فيما ينظر فيه القاضى﴾ لان ولايته تحتوى على عشرة أشياء (أولها) الفصل بين المتخاصمين اما بصلح عن تراض واما باجبار على حكم نافذ والى ذلك أشار فى التحفة بقوله

منفذ بالشرع للاحكام * له نيابة عن الامام

﴿وكقوله﴾

والصلح يستدعى له ان اشكال * حكم وان تعين الحق فلا

مالم يخف بنافذ الاحكام * فتنة أو شحنا أولى الارحام

(ثانيها) قمع الظالمين عن الغصب والتعدى وغير ذلك ونصر المظلومين وايصال الى كل ذى حق حقه لان القضاء سيف الله فلا يخن الله فى سلاحه بعكس ما أمره الله به وجعله أمانة عنده (ثالثها) اقامة حدود الله فقد ورد اقامة حد فى قضية أفضل من مطر أربعين صباحا (رابعها) النظر فى الدماء والجراح لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس الى قوله جل من قائل والجروح قصاص وقوله عز من قائل ولكم فى القصاص حياة ياأولى الالباب الآية (خامسها) النظر فى أموال الايتام والمجانين وتقديم الاوصياء عليهم حفظا لاموالهم عملا بقول الله تعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أوضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وحذرا من قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما الآية (سادسها) النظر فى الاحباس واجرائها فى مواضعها اقتداء فى ذلك بفعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى فدك ولم يراعيا فى ذلك مزاج قرابة سيد الوجود رضى الله عنهم مع اقدارهما قدرهم فى غير ذلك كما هو مشهور (سابعها) تنفيذ الوصايا لقوله تعالى يوصيكم الله الخ الآيات (ثامنها) عقد أنكحة النساء

اللاتى عضان أولا ولى لهن (تاسعها) النظر فى المصالح العامة من عمارة المساجد واصلاح الطرقات وبناء الاسوار والجسور والربط وغير ذلك (عاشرها) الامر بالمعروف والنهى عن المنكر بالقول والفعل ﴿تنبيه﴾ تلزم القاضى هذه الاشياء ان نص له السلطان عليها فى عقد ولايته أو أطلق وكان مجتهدا أما ان عين له شيأ وقف عنده ولا يتعداه

﴿الفصل الثالث فيما يقضى به﴾ ولا يقضى بعلمه سواء علم ذلك قبل القضاء أو بعده بل ان علم شيأ يكون فيه شاهدا كما قال فى التحفة

وحقه انهاء ما فى علمه * لمن سواه شاهدا بحكمه

(وقال ابن الماجشون) يقضى بما سمعه من المتخاصمين فى مجلس الحكم (وقال أبو حنيفة) يقضى بعلمه فى حقوق الناس لا فى الحدود (وقال الشافعى) يقضى بعلمه فى الطلاق وعلى مذهب مالك انما يحكم بحجة ظاهرة وهى سبعة اشياء وما يتركب منها اعتراف أو شهادة أو يمين أو نكول أو حوز فى دعوى الملك أو لوث مع القسامة فى الدماء أو معرفة العفاص والوكاء فى اللقطة حسبما تقف عليه ان شاء الله

﴿الفصل الرابع فى نقض القضاء﴾ اذا أصاب الحكم لم ينقض حكمه أصلا وان أخطأ فذلك ينقسم على أربعة أوجه (الاول) أن يحكم بما يخالف الكتاب والسنة أو الاجماع فيجب نقض حكمه عليه نفسه وعلى القاضى الذى يتولى بعده ويدخل فيه حكمه بالقول الشاذ (الثانى) أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة نص ولا اجتهاد فكذلك ينقض كالذى قبله (الثالث) أن يحكم بعد الاجتهاد ان كان مجتهدا أو المشاورة ان كان مقلدا ثم يتبين خطؤه فلا ينقضه من يلى بعده واختلف هل ينقضه هو أم لا (والرابع) أن يقصد الحكم بمذهب فيذهل ويحكم بغيره من المذاهب فيفسخه هو ولا يفسخه غيره هذا ملخص ما ذكره ابن فرحون فى تبصرته واعتمده ابن جزى فى قوانينه

الباب الثاني في صفات القاضي وآدابه

أما صفاته فنوعان واجبة ومستحسنة فالواجبة عشرة وهي أن يكون
مسلما عاقلا بالغا ذكرا حرا سميعا بصيرا متكلما عدلا عارفا
بما يقضي به والى معظمها أشار في التحفة بقوله

* وشرطه التكليف والعداله *

وان يكون ذكرا حرا سلم * من فقد رؤية وسمع وكلم

وأجاز أبو حنيفة قضاء المرأة في الاموال وأجازه الطبري مطلقا وأما
المستحبة فهي خمسة عشر (أولها) أن يكون عالما بالكتاب والسنة بحيث
يبلغ رتبة الاجتهاد في الاحكام الشرعية ولا يقلد أحدا من الائمة (وقال)
عبد الوهاب ان ذلك واجب وفاقا للشافعي (وثانيها) أن يكون عارفا بما
يحتاج اليه من العربية خشية أن يقع في اللحن وربما يستغني عنه بما قبله
(وثالثها) أن يكون عارفا بعقد الشروط وهي الوثائق مفرقا بين شروط
الصحة والكمال (رابعها) أن يكون ورعا في دينه وربما يدخل في العدالة
وقال في القوانين الورع زيادة على العدالة (خامسها) أن يكون غنيا فان
كان فقيرا أغناه الامام وأدى عنه ديونه (سادسها) أن يكون صبورا في
موضع الصبر (سابعها) أن يكون وقورا عبوسا في غير غضب ولا جفاء
(ثامنها) أن يكون حليما وطيء الاكناف لان عمر رضي الله عنه لم يتخذ
حاجبا وقت الجلوس للناس (تاسعها) أن يكون رحيما شفوقا على الضعفاء
والارامل واليتامى (عاشرها) أن يكون جزلا في تنفيذ الاحكام (حادي
عشرها) ان لا يبالي بلوم الناس ولا بأهل الجاه كما ورد عن عمر رضي الله عنه
انه قال لم يترك الحق لعمر من صديق (ثاني عشرها) أن يكون من أهل
البلد ليعرف أحوال الشهود وعوائد البلد وأخلاق أهلها (ثالث عشرها)
أن يكون معروف النسب بأن لا يكون ولد زنا ولا ولد ملاعنة (رابع
عشرها) أن لا يكون محدودا في حد شرعي وان تاب منه (خامس عشرها)

أن يكون متيقظا لا دغفلا بحيث تتمشى عليه الحيل كما أشار فى التحفة الى بعضها بقوله * واستحسنت فى حقه الجزاله * الى ان قال

ويستحب العلم فيه والورع * مع كونه الحديث للفقه جمع
وحيث لاق للقضاء يقعد * وفى البلاد يستحب المسجد

وقد عد ابن جزى رضى الله عنه آداب القاضى فى قوانينه وأنهاها الى عشرين ونصه (وأما آداب القاضى) فهى عشرون (الاول) أن يجلس فى موضع يصل اليه القوى والضعيف وجلوسه فى المسجد من الامر القديم واستحب بعض العلماء أن يجلس خارج المسجد ليصل اليه الحائض والنفساء واليهودى والنصرانى ويجب عليه أن يسوى بين الخصمين فى الجلوس والكلام والاستماع والملاحظة ولا يفضل الشريف على المشروف ولا الغنى على الفقير ولا القريب على البعيد (الثانى) أن يجلس للقضاء فى بعض الاوقات دون بعض ليريح نفسه ولا يجلس بليل ولا فى أيام الاعياد والمواسم *قلت* وينبغى أن تكون أوقات جلوسه معلومة وان كانت ضحى وعشية فهما أولى (الثالث) أن لا يقضى وهو غضبان ولا جائع ولا عطشان (الرابع) أن يشاور أهل العلم ويأخذ بقولهم *قلت* الاخذ بقولهم ينبغى أن يقيد بما اذا لم يكن مجتهدا أما ان كان مجتهدا فيجب عليه زيادة التدقيق فى النظر ثم يقضى بما ترجح عنده لانه لا يقلد مجتهد غيره (الخامس) أن لا يفتى فى مسائل الخصام ولا فى كلام أحد الخصمين فى غيبة صاحبه *قلت* وله تنبيه العاجز والغافل عن حجته بلطافة وسياسة كما ذكروه عند قول صاحب التحفة

ومنع الافتاء للحكام * فى كل ما يرجع للخصام

(السادس) أن لا يقبل هدية الا من الاقربين والاصدقاء الذين لا يهدون لاجل القضاء (السابع) أن لا يطلب من الناس الحوائج لا عارية ولا غير ذلك (الثامن) أن لا يباشر الشراء بنفسه ولا يشترى له شخص معروف خوفا

من المحاباة (التاسع) أن لا يقضى لمن لا تجوز له شهادته كولده ووالده ويصرف الحكم فى ذلك الى غيره ويجوز له أن يقضى عليه (العاشر) أن لا يقضى على عدوه ويجوز له أن يقضى له (الحادى عشر) أن يعاقب من آذاه من المتخاصمين أوشتمه أوتنقصه أونسبه الى جور والعقوبة فى هذا أفضل من العفو *قلت* كما أشار اليه فى التحفة بقوله

ومن جفا القاضى فالتأديب * أولى وذا الشاهد مطلوب

(الثالث عشر) أن يجتنب مخالطة الناس ومشيه معهم الا لحاجة (الرابع عشر) ان يترك الدعابة والمزاح (الخامس عشر) أن يختار كاتبا مرتضى ومترجما مرتضى (السادس عشر) أن يتفقد المسجون ويخرج من كان مسجونا بغير حق (السابع عشر) أن يجتنب الولائم الا وليمة النكاح والاولى له ترك الاكل فى الوليمة (الثامن عشر) أن لا يتعقب حكم من قبله الا اذا كان معروفا بالجور فله أن يتعقب أحكامه وله أن ينقض قضاء نفسه اذا تبين له الحق بخلافه (التاسع عشر) أن يتفقد النظر الى أعوانه ويكفهم عن الاستطالة على الناس (الموفى عشرون) أن يسأل فى السر عن أحوال الشهود ليعرف العدل من غيره *فروع أربعة* الاول* مسئلة التحكيم وهى أن يحكم المتخاصمان رجلا فانه يلزمهما حكمه اذا حكم بما يجوز خلافا للشافعى وقال أبو حنيفة يلزم اذا وافق حكم قاضى البلد *الفرع الثانى* يجب أن يكون فى المصر قاض واحد ولا يجوز اثنان فأكثر وأجاز الشافعى اثنين اذا عين لكل واحد ما يحكم فيه كقاضى الانكحة على حدة وكذلك قاضى المواريث وقاضى المعاملات وهكذا *الفرع الثالث* حكم القاضى فى الظاهر لا يحل حراما فى نفس الامر ولا يحرم حلالا الا فى مسئلة واحدة عند أبى حنيفة وهى عقد النكاح بشاهدى زور ان حكم بشهادتهما لانه قدر حكم الحاكم كعقد جديد وأما فى الاموال فلا باجماع الائمة رضوان الله عليهم *الفرع الرابع* اذا كان خصومة بين مسلم وذمى حكم بينهما بحكم

الإسلام فإن كانا ذميين حكم بينهما بحكم الاسلام فى باب التظالم من الغصب والتعدى وجحد الحقوق وان تخاصما فى غير ذلك ردوا الى أهل دينهم الا ان يرضوا بحكم الاسلام ﴿تنبيه﴾ من دفع على القضاء رشوة فلا يصح أن يكون قاضيا ولو قضى لا ينفذ حكمه وبه الفتوى عند الحنفية (ومنها) أيضا الذهاب الى باب السلطان والاستعانة بأعوانه أولا لاستيفاء حقه قبل العجز عن الاستيفاء بالقاضى لكنه لا يفتى به الا اذا عجز بالقاضى وبعض المشايخ لم يطلق له ذلك وقالوا ان ذهب الى السلطان أولا وأخذ تابعوه أزيد مما يأخذه موكل القاضى يلزمه ضمان الزيادة واذا قيل له احضر وتمرد ولم يحضر وثبت تمرده عند القاضى يعاقبه القاضى على قدر تمرده اهـ من واقعة المفتين حنفية والى معناه أشار ابن عاصم فى تحفته

وأجرة العون على طالب حق * ومن سواه ان ألد تستحق

﴿الباب الثالث فى خطاب القضاة وما يتعلق به وفيه فصلان﴾

الاول فى الخطاب وللقاضى ان يخاطب قاضيا آخر بأحد ثلاثة أشياء (الاول) الحكم الذى حكم به فى قضية بعد نفوذه (الثانى) بأداء الشهود وقبولهم المقتضى الثبوت على أن يحكم فيه المكتوب اليه (الثالث) بمجرد أداء الشهود على ان ينظر المكتوب اليه فى تعديلهم ثم يحكم والى حكمه أشار فى التحفة بقوله

ثم الخطاب للرسوم ان طلب * حتم على القاضى والالم يجب الخ

والخطاب المذكور يكون بثلاثة أشياء (الاول) باشهاد القاضى على نفسه بالحكم أو الثبوت أو الاداء ثم يشهد من شهد عليه بذلك عند القاضى الآخر ويعبر عنها الحنفية بشهود الطريق (والثانى) أن يكتب اليه وكان المتقدمون يشترطون مع الكتابة الاشهاد عليه أو الشهادة بأنه خطه أو ختمه بخاتمه المعروف عند القاضى الآخر ثم اكتفى المتأخرون بمعرفة خطه (والثالث) المشافهة وهى غير كافية لان أحدهما فى محل غيره ولا يتم

فلا ينفذ حكمه ولا يقبل خطابه ﴿فرعان * الاول﴾ اذا مات أو عزل القاضي المكتوب اليه لزم من ولي بعده اعمال ذلك الخطاب خلافا لابي حنيفة ﴿الفرع الثاني﴾ اذا خاطب قاض قاضيا فان عرف انه أهل للقضاء قبل خطابه والا فلا ﴿تنبيه﴾ كيفية الخطاب ان يقول باسفل الرسم أو بطرته أو بحوله ان كان بالاداء للشهود يقول أدوا فقبلوا وأعلم به القاضي فلان وينبغي ان لا يسمى القاضي المخاطب فتحا ليعمل به كل من يقف عليه من القضاة بشرط معرفة العلم كما تقدم والخطاب يكون باعلم أو بما يؤدي معناه كما قال في التحفة

. وانما الخطاب مثل أعلما * اذ معلما به اقتضى ومعلما

﴿الفصل الثاني﴾ يحكم للحاضر اذا سأل الحكم على الغائب خلافا لابي حنيفة وابن الماجشون وقال صاحبا أبي حنيفة يبيع مال الغائب غير العقار وعنهما أيضا ان له بيعه كعروضه وعلى هذا الخلاف أيضا بيع عروضه في نفقة امرأته وفي العقار عنهما روايتان ذكر في الخامس من الفصولين من واقعات المفتين (وأما) على مذهب مالك فلا يخلو أن يكون في البلد أو في غيره فان كان في البلد أو في مقربة منه أحضره القاضي بخاتم أو كتاب أو رسول فان اعتذر بمرض أو شبهه أمره بالتوكيل قهرا فان لم يوجد طبع على باب داره وان كان بعيدا معلوم الموضع كتب اليه اما ان يرضى خصمه واما ان يحضر معه وان كان في بلد غير ولايته كتب الى قاضي ذلك البلد بالنظر في قضيته وان كان له مال في البلد وجب توفية الحقوق منه بعد ان يؤمر الطالب له باثبات حقه ويمين القضاء بعد الثبوت واثبات غيبته وترجى له الحجة فان كان عقارا يباع في دينه أمر القاضي باثبات تملكه له واتصاله ثم وجه شهود الحيازة على من شهد به ثم أمر بتقويمه وتسويقه ثم قدم من يبيعه بما قوم به أو بأزيد من ذلك ان بلغ في التسويق ثم يقبض الثمن ويدفع الى صاحب الحق كما ألمع الى هذا صاحب التحفة وشروحه في

البيع

البيع على الغائب ونصه

لطالب الحكم على الغياب * ينظر فى بعد وفى اقتراب

فمن على ثلاثة الايام * ونحوها يدعى الى الاحكام

وبعد ذرا الحاكم فى وصوله * بنفسه للحكم أو وكيله

فان تمادى والمغيب حاله * بيع بالاطلاق عليه ماله

بعد ثبوت الموجبات الاول * كالدين والغيبة والتمول

وحين يثبت هذا كله ويحكم به عليه يؤجل لبيع عقاره كما قال قبله فى باب القضاء

وبيع ملك لقضاء دين * قد أجلوا فيه الى شهرين

ثم قال فيها بعد البيع على الغائب كقضاء دينه وعتقه وطلاقه

وما من الدين عليه قضيا * وكالطلاق والعتاق أمضيا

وما بيع بعد ثبوت ماذكرنا فذ كما أشار اليه بقوله

وماله بحجة ارجاء * فى شان ماجرى به القضاء

لان الحكم عليه ماض ولو أثبت البراءة من الدين أو النفقة أو جرح شهود العتق ونحو ذلك اللهم الا أن يكون له عذر بين كما أشار اليه بقوله

الا مع اعتقاله من عذر * مثل العدو وارتجاج البحر

فانه ترجى له الحجة حينئذ وأما الغيبة البعيدة فقد أشار اليها بقوله

والحكم مثل الحالة المقررة * فيمن على مسافة كالعشرة

أى مسافة عشرة أيام مع الامن أو يومين مع الخوف مماثلا للحالة المقررة فى قريب الغيبة الا أن الاول يحكم عليه فى كل شئ كما مر الا فى استحقاق العقار كما أشار اليه بقوله * وفى سوى استحقاق أصل أعملا * لان العقار يتشاح فيه مالا يتشاح فى غيره بل تسمع بينة القائم وليشهد القاضى بما ثبت عنده ثم يصبر حتى يقدم الغائب وأشعر قوله فى غير استحقاق أصل الخ انه يقضى عليه ببيع العقار لقضاء دين أو دفع نفقة زوجة كما يقضى على الحاضر وأما فى التفليس ففيه خلاف كما أشار اليه بقوله

* والخلاف في التفليس مع علم الملا * أي حين سفره كما يفهم من المختصر في قوله وفاس حضر أو غاب ان لم يعلم ملاؤه ثم اذا بيع على هذا الغائب بالشروط المذكورة فلا تقطع حجته ان أتى بما ينفعه كما قال

وذاله الحجة ترجى أي فيرد عتقه وطلاقه ان أبطل البينة الشاهدة عليه بهما وأما الذي بيع عليه من أصل أو غيره لقضاء دينه أو نفقة زوجته وفات بيد مشتريه بتغيير ذات ونحوه فلا يرجع اليه الا بحوالة سوق فلا تعتبر كما أشار اليه بقوله والذي بيع عليه ماله من منفذ أي لا مخلص له والغاله الرجوع بالثمن حيث أثبت البراءة أو أبطل الشهادة كما أشار له بقوله

ويقتضي بموجب الرجوع * من الغريم ثمن المبيع

واما الغائب الغيبة البعيدة فقد أشار اليه بقوله

وغائب من مثل قطر المغرب * لمثل مكة ومثل يثرب

ما الحكم في شيء عليه يمتنع * وهو على حجته ما تنقطع

واختلاف هل يقيم له القاضي وكيلا يخاصم عنه ام لا

* الباب الرابع في الحكم بين المدعي والمدعى عليه *

هذا الباب هو عمدة القضاء والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وقول الفقهاء من ميز بين المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء واليه أشار في التحفة

تمييز حال المدعي والمدعى * عليه جملة القضاء جمعا

وفيه ثلاثة فصول الاول هو ما قررناه قبل وقال سعيد بن المسيب من عرف المدعي والمدعى عليه لم يلتبس عليه الحكم بينهما الان المدعي هو من يقول قد كان كذا والمدعى عليه هو من يقول لم يكن ومن أحسن ما نظم في هذا المعنى قول التحفة

فالمدعي من قوله مجرد * من أصل أو عرف بصدق يشهد

والمدعى عليه من قد عضدا * مقاله عرف أو أصل شهدا

أي لابد أن يتجرد من الامرين وهما الاصل والعرف أما اذا تجرد عن أحدهما فقط ووجد الآخر فهو مدعي عليه كما قال * والمدعى عليه من قد عضدا * الخ كاختلاف الزوجين في متاع البيت فالرجل ما يعرف للرجال وللمرأة ما يعرف للنساء مالم تكن فقيرة لا يملك مثلها المدعى فيه وكدعوى الشبه في البيع بان يدعي أحدهما ما يشبه أن يكون ثمنا والآخر لا كأن تكون قيمة الشيء عشرة ويدعي انه باعه بمائة والعكس وهذا كله بعد الفوت وأما مع عدمه تحالفا وتفاسخا وهذه مسئلة سارية في جميع المعاملات وكأن يدعي أحدهما الاصل وهو براءة الذمة فلا تعمر الا بمحقق واذا تحققت عمارتها فلا تفرغ الا بمحقق فيكون المنكر مدعى عليه وكمن ادعى ملكية شخص وهو ليس في حوزه فان الاصل الحرية فصاحبها مدعى عليه هذا ملخص قول ابن المسيب وقال غيره المدعي هو الطالب والمدعى عليه هو المطلوب وقيل المدعي هو الذي طلب صاحبه الى الحاكم والمدعى عليه هو المدعو وقال المحققون المدعي هو من كان قوله أضعف لخروجه عن معهود أو لمخالفة أصل والمدعى عليه هو من ترجح قوله بعادة أو أصل أو قرينة فالاصل ان من ادعى مالا على رجل يضعف قول الطالب ويرجح قول المطلوب فهو المدعى عليه لان الاصل براءة الذمة فلو كان الحق ثابتا وقال قد دفعته صار مدعيا لان الاصل عدم الدفع وبقاؤه عنده ولان الاصل ابقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه حتى يدل دليل أصلي كشهادة أو عرفي كعادة فعلى هذا فالبينة على من ضعف قوله واليمين على من قوى قوله .

* الفصل الثاني في مراتب الدعاوى وهي أربع * (الاولى) دعوى لا تسمع ولا يمكن المدعى من اثباتها ولا يجب على المنكر يمين وهي اذا لم يحقق المدعي دعواه كقوله لي عليك شيء أو أظن ان لي عليه شيئا أو كذا وكذا (الثانية) لا تسمع أيضا وهي ما يقضي العرف بكذبها كمن ادعى على صالح انه سرقه

وكامرأة ادعت على صالح انه زنى بها ومثال ان يكون شخص حائز الدار سنين طويلة يتصرف فيها بانواع التصرفات وينسبها الى نفسه وكان انسان حاضرا يشاهد أفعاله طول المدة ولا يعارضه فيها ولا يذكر ان له حقا كل ذلك من غير مانع يمنعه من الطلب ولا قرابة ولا شركة بينهما ولا عقد ايجار ثم جاء بعد طول المدة يدعيها لنفسه فهذا لا يلتفت اليه ولا تسمع دعواه ولا بينته ولا يمين على الآخر (والثالثة) دعوى تسمع ويطالب بالبينة فان أثبت والا وجبت اليمين على المنكر بعد ان يثبت المدعى ان بينه وبينه خلطة من بيع أو شراء أو شبه ذلك وذلك فى الدعوى التى هى غير مشبهة ولم يقض بكذبها كمن ادعى له مالا عند آخر ﴿تنبيه﴾ جرى العمل بغير بنا بعدم ثبوت الخلطة الا المدعى على المخدرات ذوات الحجاب كما فى الزقاقية

وفى فاس أخصص بالنساء ان ادعى * عليهن ذكران وفى الغير اهملا

وقال بوجوب اثبات الخلطة على بن أبى طالب كرم الله وجهه والفقهاء السبعة ومالك خلافا للشافعى وأبى حنيفة وابن حنبل ثم اثباتها يكون باعتراف الخصم بها او بشاهدين يشهدان بها او بشاهد ويمين وبعد ثبوتها تجب اليمين على المنكر وقال بعدم الخلطة أيضا من المالكية ابن نافع وابن عبد الحكم من المالكية تبعا لعلى والائمة ولم يستثن مخدرات ولا غيرهن وعليه العمل الآن قال ناظمه

ودون خلطة توجه اليمين * على الذى عليه الادعا يبين

وظاهر هذا العمل عدم التفريق بين ذوى العلا وغيرهم وفرق بعضهم بين المنقبض عن مداخلة الناس وغيره والمرأة المستورة كما تقدم قال ابن عبد البر وهو المعمول به وأشار اليه الزقاق أيضا فى لاميته اذ قال

لكن ببلدة يوسف * يخص بها ذات الحجاب وذو العلا

قال التسولى ونحوه لابن هلال عن ابن رشد واختاره ابن رحال وهو الذى

ينبغي اعتماده اذ كثير من الفسقة المردة يتجرأ على ذوي الفضل والدين
ويريد اهانتهم بالايمان في الدعاوي الباطلة وقد شاهد نا من ذلك في هذا
الزمان ما الله أعلم به ثم قال ثم العمل في ترك الخلطة انما هو في الدعاوي
بالمال من معاملة ونحوها لا في الدعاوي التي يشترط في توجه اليمين بها
الظنة والتهمة كالغصب والتعدي والسرقة ونحوها فلم يجر عمل بتوجهها
دون ثبوت التهمة كما مر عن ابن فرحون ونحوه في الحطاب والرعيني بل
تقدم انه اذا ادعى بذلك على صالح لم تسمع دعواه ويؤدب ويأتي للناظم

وتهمة ان قويت بها تجب * يمين متهوم وليست تنقلب

والمراد بثبوتها أن يكون قد أشير اليه بالغصب ومثله تكرر الشكوى
بسرقته *(الرابعة)* دعوى تسمع ويجب على المدعى عليه اليمين بنفس
الدعوى دون خلطة وذلك في خمسة مواضع (الاول) من ادعى على صانع
منتصب للعمل انه دفع له شيأ يصنعه له فجحده (والثاني) من ادعى السرقة
على متهم بها (والثالث) من قال عند موته لي دين عند فلان (والرابع)
المريض في السفر يدعي انه دفع ماله لفلان (والخامس) الغريب اذا
ادعى انه أودع وديعة عند أحد

(الفصل الثالث في صفة الحكم بينهما) اذا جلسا الى القاضي فهو مخير
بين ان يسألهما من المدعي منهما أو يسكت حتى يبتدآه فيتكلم المدعي
أولا ويسمع كلامه حتى يفرغ ثم يسأل المدعى عليه فان أقر قضى عليه
باقراره وان أنكر طولب المدعي بالبينة وان امتنع من الاقرار والانكار
سجنه القاضي حتى يقر أو ينكر كما أشار الى ذلك في التحفة بقوله مع زيادة

ومن أبى اقرارا أو انكارا * لخصمه كلفه اجبارا

فان تمادى فلطالب قضى * دون يمين أو بها وذا ارتضى

(تكميل وبيان) اذا طولب المدعي ببينة وطلب أجلا للاتيان بها امكن
على قدر الدعوى وقرب البينة أو بعدها وذلك راجع الى اجتهاد الحاكم

كما في التحفة

وباجتهاد الحاكم الآجال * موكولة حيث لها استعمال

وبثلاثة من الايام * أجل في بعض من الاحكام

كمثل احضار الشفيع للثمن * والمدعي النسيان ان طال الزمن

والمدعي ان لها مايدفع * بعينا أمرها مستبشع

وربما سنذكر أحكام بقية التأجيلات بعد ان شاء الله في مظانه وان شاء فرق الاجل وان شاء جعله أجلا منصرما جامعا للتلومات ثم اذا انقضى الاجل فلذلك ثلاثة أحوال اما ان يأتي بشاهدين أو بشاهد واحد أولا يأتي بشيء فاما الحالة الاولى وهي ان يأتي بشاهدين عدلين في جميع الحقوق أو برجل وامرأتين حيث يحكم له بذلك قضى له بعد الاعذار الى المدعي عليه (وصفة الاعذار) ان يقال للمدعي عليه البينة هذه وسمى شهودها تشهد عليك بكذا ألك حجة في دفعها هذا في الاعذار الاول ان كان فرق له الاجل وفي الاعذار الثاني يقال له أبقيت لك حجة ولا يحكم على أحد الا بعد الاعذار كما قال خ واعذر بأبقيت لك حجة وقال في التحفة

وقبل حكم يثبت الاعذار * بشاهدي عدل وذا المختار

فاذا أعذر اليه فيما يثبت عليه فان ادعى مطعنا أو مقالا لتجريح الشهود أو عداوة بينهم وبينه أو غير ذلك مكن من الدفع وضرب له في مثل ذلك أجل فان اعترف انه ليس له مدفع ولا مقال أو عجز بعد التمكين من الاعذار قضى عليه وهذا فيمن يصح الاعذار اليه وهو الحاضر المالك أمر نفسه فان كان المدعى عليه غائبا أو صغيرا أو سفيها حلف المدعي بعد ثبوت حقه يمين القضاء المشار اليها بقول التحفة

والتي بها القضا وجوب * في حق من يعدم أو يغيب

(وصفتها) ان يقول المدعي بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من حقه شيأ ولا وهبه ولا أسقطه ولا أحاله ولا استحال ولا أخذ فيه ضامنا ولا كفيلا

وان

وان حقه لباق على المطلوب الى الآن وحينئذ يحكم له وتقوم هذه اليمين مقام الاعذار (وأما الحالة الثانية) وهي ان يأتي بشاهد عدل فلا يخلو أن يكون في الاموال أو في الطلاق أو العتاق أو غير ذلك فان كان للاموال أو فيما يؤول للاموال حلف مع شاهده بشرط أن يكون بين العدالة وقضى له وفاقا للشافعي وابن حنبل والفقهاء السبعة خلافا لابي حنيفة وسفيان الثوري ويحيى بن يحيى الاندلسي وان شهد له امرأتان حلف معهما خلافا للشافعي فان نكل أي امتنع المدعي عن اليمين مع الشاهد أو المرأتين انقلبت اليمين على المدعى عليه فان حلف برئ وان امتنع أيضا قضى عليه خلافا للشافعي وأما ان كان في الطلاق والعتاق وشبههما لم يحلف المدعي مع شاهده ووجبت اليمين على المدعى عليه فان حلف برئ وان نكل فقال أشهب يقضى عليه وقال ابن القاسم يحبس سنة ليقر أو يحلف فان تمادى على الامتناع منهما خلى سبيله وقال سحنون يحبس أبدا ليقر أو ينكر فيحلف وان كان في النكاح أو الرجعة أو غير ذلك لم يحلف المدعي ولا المدعى عليه وكان الشاهد كالعدم ﴿فرعان * الاول﴾ ان شهد شاهد لمن تصح منه اليمين كالصغير والسفيه وجبت اليمين على المشهود عليه فان نكل قضى عليه وان حلف برئ وقيل يوقف المحلوف عليه حتى يبلغ الصبي كما أشار اليه في التحفة

وحيث عدل للصغير شهدا * بحقه وخصمه قد جحدا
يحلف منكر وحق وقفا * الى مصير خصمه مكلفا
وحيث يبد المنكر النكولا * بلغ محجور به المأمولا

فاذا بلغ الصبي ورشد السفيه يستحلف حينئذ فان حلف وجب له الحق وان نكل حلف المطلوب حينئذ وبرئ فان نكل أخذ الحق منه ﴿الثاني﴾ يقوم الورثة في اليمين مع الشاهد مقام موروثهم فيحلفون معه حيث يحلف الموروث لو كان حيا ويقضى لهم (وأما الحالة الثالثة) وهي

ان لا يأتي المدعي بشيء فان كان في الاشياء التي لا يقبل فيها الا شاهدان وذلك ماعدا الاموال كالنكاح والطلاق والعتاق والنسب والولاء وقتل العمد لم تجب اليمين على المدعى عليه ولم تنقلب على المدعي ولم يلزمه شيء بمجرد الدعوى للقاعدة المالكية كل دعوى لا تثبت الا بشاهدين فلا يمين بمجردها خلافا للشافعي وان كان في الاموال أو مايؤل اليها فما يقبل فيه رجل وامرأتان فحينئذ تجب اليمين على المنكر بعد اثبات الخلطة أو دونها حسبما شرح سابقا فان حلف برئ وان نكل لم يجب عليه بنكوله شيء وقال أبو حنيفة يغرم بنكوله وعلى مذهب مالك تنقلب اليمين على المدعي فان حلف أخذ حقه وان نكل فلا شيء له قال ابن حارث وكل من وجبت اليمين له أو عليه في الاموال والجراح خاصة فنكل عنها فلا بد من رد اليمين على صاحبه طلب ذلك خصمه أو لم يطلبه فان نكل من انقلبت عليه اليمين بطل حقه ان كان طالبا وغرم ان كان مطلوبا فتلخص مما تقدم انه يحكم في دعوى الاموال بستة أشياء بشاهدين بشاهد ويمين المدعي بامرأتين ويمين المدعي بشاهد ونكول المدعى عليه بامرأتين ونكول المدعى عليه بيمين المدعي ونكول المدعى عليه (ويتفرع مما ذكر) اذا تعارضت البينات رجح أعدلهما وان كان أقل عددا في مشهور مذهب مالك وقيل يرجح بالكثرة وفاقا للشافعي فان تعارض شاهدان مع شاهد ويمين فاختلف هل يرجح الشاهدان أو الشاهد واليمين ❊ تنبيه ❊ ليس للمدعى عليه ان يأتي بضامن عند ابن القاسم حتى يقيم المدعي على دعواه شاهدا وحينئذ يقضى عليه بالضامن بالوجه الى ان يحكم بينهما فان كان مما لا يصح فيه الضمان كالحدود حبس له اذا أتى بشاهد ❊ قلت ❊ والذي عليه عمل المغرب أن يطالب المدعى عليه بضامن الحضور بمجرد الدعوى وعليه التحفة

وضامن الوجه على من أنكرا ❊ دعوى امرئ خشية ان لا يحضرا

ان جاء فى الحال بضامن وان * لم يأت بالحميل فى المال سجن

﴿تفريع﴾ اذا أنكر المدعى عليه انكارا كليا على العموم ثم اعترف بذلك أو قامت عليه بينة فاقام بينة بعد ذلك بالبراءة لم تنفعه البراءة لانكاره أولا والى هذا أشار بقوله فى التحفة

ومنكر للخصم ما ادعاه * اثبت بعد أنه قضاه

ليس على شهوده من عمل * لكونه كذبهم فى الاول

فان قال مالك على من هذا شئ تنفعه البراءة الان القاضى لا يقبل منه هذا الجواب بل يكلفه باثبات ما ادعاه خصمه أو نفيه بالجواب المطابق للدعوى ولو لم يطلبه الخصم لان فى ذلك حسما لمادة الخصام وليس هو من تلقين الخصوم وتنفعه البراءة ان أتى بوجه له فيه عذر بين ﴿لطيفة﴾ اذا عجز المدعى عن الاثبات بعد الاجل وسأل المدعى عليه من القاضى أن يعجزه أشهد القاضى بتعجيزه بعد اعترافه بالعجز قال فى التحفة

وطالب التعجيز ممن قد قضا * يمضى له فى كل شئ بالقضا

ويصح هذا فى كل شئ الا فى خمسة أشياء العتق والطلاق والنسب والاحباس والدماء المشار اليها بقول التحفة

الا ادعاء حبس او طلاق * اونسب اودم او عتاق

وفائدة التعجيز انه ان قام بعده ببينة لم يقض له بها وقيل يقضى له بها اذا حلف انه لم يعلم بها وكذلك ان استحلف خصمه نافيا للبينة حين اليمين فلا تسمع منه الا لعذر كما أشار اليه خ بقوله وان نفاها واستحلفه فلا بينة أى يقوم بها بعده وتنفعه الا لعذر كنسيان الخ وأما ان لم يعجزه القاضى فله القيام بها ويقضى له بها وأما سحنون وابن الماجشون من المالكية فلا يقولان بالتعجيز وأما ان ادعى بعد الآجال وقبل الحكم ان له بينة يرتجيها نظر القاضى فان أمكن صدقه ضرب له أجلا آخر وان تبين لدده قضى عليه وأرجيت له الحجة وله القيام بها متى أتى بها وتنفعه عند القاضى الحاكم

أو غيره هذا الملخص ماذهب اليه فى القوانين ﴿فائدة سياسية﴾ اذا التبس على القاضى أمر العقود القديمة وتناقضت أقوال المدعى والمدعى عليه حتى ان من تصفح مابيدهما لا يمكنه أن يميز المدعى منهما وكثيرا ما يقع هذا فى خصومات أهل المغرب فتضطرب أقوال الخصمين معا سيما بكثرة الفتاوى من الجانبين فيجمع القاضى تلك الفتاوى والرسوم المضطربة ويحرقها جميعها ويأمر المتداعيين بتقييد المقال والجواب كل ذلك ان كان رجاء فى حل أمرهما وقد فعل ذلك أبان بن عثمان واستحسنه مالك

﴿الباب الخامس فى الحكم فى التداعى والحوز﴾

اذا تداعى رجلان ملك شئ فلا يخلو من ثلاثة أوجه اما أن يكون الشئ بيد كل واحد منهما واما أن لا يكون بيد واحد منهما وفى كل واحد من هذين الوجهين يكون كل واحد مدعيا ومدعى عليه لان الحوز يقوى دعواه ويكون الآخر مدعيا لانه ليس له ما يقوى دعواه فأما حيث يكون كل واحد منهما مدعيا فعلى كل واحد اثبات الملك واتصاله الى حال النزاع ولا يخلوان يقيم البينة أحدهما أو كل واحد منهما حكم لمن كانت بينته أعدل فان تساوت البينتان فى العدالة قسم بينهما بنصفين وان اختلفا فى مقدار الدعوى وفى القلة والكثرة فمذهب مالك أنه يقسم بينهما على قدر الدعاوى ويعول عول الفرائض ومذهب ابن القاسم أنه يقسم بينهما على قدر الدعاوى ويختص صاحب الاكثر بالزيادة التى وقع تسليم الآخر له فيها بدعوى الاقل ﴿مثال ذلك﴾ اذا ادعى أحدهما جميعه والآخر نصفه فعلى مذهب مالك تعول بالنصف لان أحدهما ادعى نصفين والآخر ادعى نصفا فيقسم على ثلاثة يكون لمدعى الجميع اثنان ولمدعى النصف واحد وعلى مذهب ابن القاسم يكون لمدعى الجميع ثلاثة ارباع ولمدعى النصف ربع لان مدعى النصف قد سلم فى النصف الآخر لمدعى الجميع فيختص به ويقسم بينهما النصف المتنازع فيه ويتبع هذا الحساب بين كثرة التداعى

والمتداعيين

والمتداعيين والى معنى هذا أشار فى التحفة بقوله

والشئ يدعيه خصمان معا * ولا يد ولا شهيد يدعى
يقسم ما بينهما بعد القسم * وذاك حكم فى التساوى ملتزم
فى بينات أو نكول أو يد

وأما ان كان بيد واحد منهما فلا يخلو الذى حازه أن يكون بيده مدة الحكم أو أقل فان بقى مدة الحوز فأكثر وهى عشرة أعوام بين الاجانب وخمسون بين الاقارب وقيل أربعون مع حضور خصمه وعلمه وسكوته لم تسمع دعواه والى ذلك أشار بقوله فى التحفة

والاجنبى ان يحز أصلا بحق * عشر سنين فالتملك استحق
وانقطعت حجة مدعيه * مع الحضور عن خصام فيه
والقسع كالعشر لدى ابن القاسم * أو الثمان فى انقطاع القائم

هذا كله مالم ينازعه خصمه أو يسترعى ويستحفظ كما يشعر به قوله

والمدعى ان أثبت النزاع مع * خصيمه فى مدة الحوز انتفع

وأما الغائب فقد أشار اليه بقوله

وقائم ذو غيبة بعيده * حجته باقية مفيده * والبعد كالسبع وكالثمان

أى مراحل وأما الذى توسطت غيبته فأشار الى حكمه بقوله

* وفى التى توسطت قولان * كالثلاثه والاربعة فما فوقها الى السبع

وأما الغيبة التى لا تعتبر اتفاقا كاليوم واليومين والى ذلك أشار بقوله

وكالحضور اليوم واليومان * بنسبة الرجال لا النسوان

أى لانهن لا تنقطع حجتهن ولو على مسافة يوم أو أقل منه لضعفهن غالبا وهذا كله حكم الابعدين وأما القرباء غير الاب وابنه من الاخوة والاعمام وأبنائهم والاخوال وابنائهم وفى معناهم الاصهار والموالى كانوا شركاء أم لا فيختلف حوزهم بحسب اعتمارهم فى الشئ المحوز فتارة يكون بأقوى الاشياء كالهدم والبناء والغرس وتارة يكون بغير ذلك والى هذا

أشار بقوله

والاقربون حوزهم مختلف * بحسب اعتمارهم يختلف

فان يكن بمثل سكنى الدار * والزرع للارض والاعتمار

فهو بما يجوز الاربعينا * وذو تشاجر كالا بعدينا

ومثله ماحيز بالعتاق * ما كان أو بالبيع باتفاق

وفيه بالهدم وبالبنيان * والغرس أوعقد الكرا قولان

وهذا كله في الاصول وأما غيرها من العروض والحيوان فحكمه ان الحوز فيه يكون بين الاجانب بالعام والعامين في اللباس وفي المركوب بالعامين فافوقهما وفي العبيد بثلاثة أعوام فافوقها والى ذلك أشار بقوله

وفي سوى الاصول حوز الناس * بالعام والعامين في اللباس

وما كمركوب ففيه لزما * حوز بعامين فما فوقهما

وفي العبيد بثلاثة فما * زاد حصول الحوز فيما استخدما

والوطء للاماء باتفاق * مع علمه حوز على الاطلاق

﴿تذييل﴾ اذا كان ماء يجري على أقوام وتنازعوا فيه وادعى كل ملكه ولم يثبت لاحد بوجه من وجوه الاثبات ففيه تفصيل أشار اليه بقوله

والماء للاعلين فيما قدما * والاقدم الاسفل فيه قدما

﴿تتميم﴾ اذا مال الوادي عن مجراه القديم فقيل المحل الذي تركه يابسا يتملكه من القاه النهر اليه وحازه له وقيل هو بمنزلة الموات من حازه فهو له أو يقطعه الحاكم لمن شاء على حكم الموات ﴿خاتمة﴾ ما لفظه البحر من كعنبر فلواجده بلا تخميس قال الناظم

ومارمى البحر به من عنبر * ولؤلؤ واجده به حري

وأما ان كان بيد أحد المتداعيين فلا يخلو الذي حازه أن يكون بيده مدة الحوز فأ كثر كما قررنا لم تقبل دعوى المدعي ولا بينته الا ان يثبت القائم انه بيد الحائز المدة المذكورة على وجه الكراء وشبهه كما أشار له بقوله

الا اذا أثبت ملكا بالكرا * أو ما يضاهيه فلن يعتبرا

(واما ان) كان بيده أقل من المدة المقررة وادعاه شخص فيكلف اثباته انه ماباعه ولا وهبه ولا فوته ولا فوت عليه بوجه من وجوه الفوت الى الآن أو الى ان ألفاه بيد فلان الحائز ثم يحلف يمين الاستحقاق وفق الشهادة بعد الاعذار فيها وعجز المقوم عليه عن الطعن ويستحق الشئ المتنازع فيه كما أشار الناظم الى ذلك بقوله

المدعى استحقاق شئ يلزم * بينة مثبتة ما يزعم

من غير تكليف لمن تملكه * من قبل ذا باى وجه ملكه

لان الحائز يكفيه فى الجواب مالى وملكى ولا يزاد عليه الا اذا أثبته المدعى كما قررنا فان نكل المدعى عن يمين الاستحقاق بعد الثبوت والاعذار والعجز فلا شئ له ويبقى المحوز بيد حائزه (بيان) الشهادة على اثبات الشئ المدعى تكون على عينه فيحضر لدى القاضى حين أداء الشهادة وتؤدى البينة على عينه ان لم يكن عقارا أما ان كان عقارا أوقف القاضى الحائز مع الشهود أو وجه شهود الحيازة مع الشهود فيقول الموجهون للشهود أهذا الذى شهدتم به عند القاضى لكن الاظهر أن الذى يبتدئ شهود الحيازة بان يقولوا هذا الذى شهدنا به ثم يقيد ذلك الموجهان والاعذار فى الموجه من قبل القاضى كما أشار اليه بقوله

ولا الذى وجهه القاضى الى * ما كان كالتحليف منه بدلا

وقيل يعذر فى الجميع (تنبيه) اذا توافق الخصمان على حدود المتنازع فيه فلا تجب حيازة الشهود له كما أشار اليه بقوله

وناب عن حيازة الشهود * توافق الخصمين فى الحدود

(فصــل) اذا كان المدعى فيه عرضا أو حيوانا أمر القاضى بايقافه عند أمين حتى يحكم فيه ونفقته ان كان حيوانا على من يثبت له وأما ان كان عقارا فان أقام الطالب شاهدا واحدا امنع الذى هو بيده من احداث

شئ فيه وهو قوله

وشاهد عدل به الاصل وقف * ولا يزال من يديه ما ألف

فان أقام المدعى شاهدا ثانيا أخرج من يد حائزه ومنع من التصرف به وأغلق بابه وهذا ان لم يكن له خراج واما ان كان له خراج فيوقف الخراج قيل جميعه وقيل فى الحظ المتنازع فيه وغيره يصرف لمستحقه والقول الاول هو المختار كما فى التحفة

ووقف ما كالدور رقفل مع أجل * لنقل ما فيها به صح العمل

و يؤجل للنقل ثلاثة أيام ان كانت تكفى كما أشار اليه فى التحفة بقوله

و بثلاثة من الايام * أجل فى بعض من الاحكام

الى ان قال وفى * اخلاء ما كالربع ذلك اقتفى

وشرطه ثبوت الاستحقاق * برسم الاعذار فيه باق

أى وشرط الايقاف المذكور تمام البينة ولم يبق فيها الا الاعذار وأما ماسوى الاصل فقد تقدم أنه يوضع عند أمين مالم يكن مما يسرع الفساد اليه كخوخ ومشماش فانه يباع و يوقف ثمنه واليه أشار بقوله

وكل شئ يسرع الفساد له * وقف لالان يرى قد دخله

والحكم بيعه وتوقيف الثمن * ان خيف فى التعديل من طول الزمن

بخلاف ما يؤمن من فساده كما أشار له بقوله

و باتفاق وقف ما يفاد * الا اذا ما أمن الفساد

كتمر فانه يوقف ولا يباع وهنا فروع تنظر فى التحفة والمطولات

الباب السادس فى اليمين وما يتعلق بها فى الاحكام القضائية

لا فى الكفارات وفى ذلك مسائل (الاولى) فى المحلوف به وهو بالله الذى لا اله الا هو لكل حالف فى جميع الحقوق على المشهور وقيل يزاد فى القسامة واللعان عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم وقيل يزيد اليهودى الذى أنزل التوراة على موسى والنصرانى الذى أنزل الانجيل على عيسى

وقال

وقال الشافعي يزاد الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ﴿المسئلة الثانية﴾ في المحلوف عليه واليهما أشار في التحفة بقوله مع زيادة بيان موضع الحلف

في ربع دينار فاعلى تقتضى * في مسجد الجمع اليمين بالقضا
ومايقل حيث كان يحلف * فيه وبالله يكون الحلف
وبعضهم يزيد لليهود * منزل التوراة للتشديد
كما يزيد فيه للتثقيل * على النصارى منزل الانجيل
وجملة الكفار يحلفونا * أيمانهم حيث يعظمونا

واليمين في الحقوق الشرعية كلها على نية المستحلف ولا تنفع نية الحالف ولا توريته ولا استثناؤه كما قال

وهي وان تعددت في الاعرف * على وفاق نية المستحلف

ثم ان اليمين على أربعة أنواع (الاولى) يمين المنكر على نفي الدعوى فان حلف على مطابقة الانكار برئ اتفاقا وان حلف على علم أعم من ذلك ففيه خلاف مثل لو جحد البائع قبض الثمن حلف المشتري فان حلف انه لم يبق عنده شيء من الثمن برئ وان حلف انه ليس عنده شيء على الاطلاق فقولان ﴿تنبيه﴾ هذا انما يتمشى فيما يعرف أنه لا يباع غالبا الا بالنقد وأما ما يعلم بيعه غالبا بالنسيئة فالقول قول البائع انه ما قبض الثمن ويجري فيه الخلاف المذكور (الثانية) يمين المدعي تكون على صحة دعواه على مذهب من يرى قلب اليمين عليه (الثالثة) يمين المدعي مع شاهده كالتي قبلها فيحلف انه ما شهد له الا بالحق (الرابعة) يمين القضاء بعد ثبوت الحق على الغائب أو المحجور حسبما تقدم والى تعداد الايمان أشار في التحفة

وهي يمين تهمة او القضا * او منكرا ومع شاهد رضا

ثم ان الحالف تارة ينسب الشيء الى نفسه ومباشرته معاملته وتارة ينسبه الى غيره فان نسب الى نفسه حلف على البتات في النفي والاثبات وما ينسبه لغيره يحلف على نفي علمه كيمينه في الاثبات أن له على فلان دينا وعلى العلم في

النفي كحلفه أن لا يعلم على موروثه شيأ ﴿المسئلة الثالثة﴾ في مكان الحلف وزمانه ومكانه وصفته أما المكان ففي المسجد كما مر قائما مستقبلا للقبلة وان كان في مسجد المدينة حلف على المنبر ولا يشترط الحلف على المنبر في سائر المساجد خلافا للشافعي وقيل ان حلف على أقل من ثلاثة دراهم أو ربع دينار شرعي حلف قاعدا حيث يقضى عليه من مسجد أو غيره ويحلف اليهودي والنصراني حيث يعظمون والى ذلك أشار بقوله في التحفة

في ربع دينار فاعلى تقتضى * في مسجد الجمع اليمين بالقضا
وما يقل حيث كان يحلف * فيه وبالله يكون الحلف
وبعضهم يزيد لليهود * منزل التوراة للتشديد
كما يزيد فيه للتثقيل * على النصارى منزل الانجيل
وجملة الكفار يحلفونا * أيمانهم حيث يعظمونا

من كنائسهم أو غيرها وتحلف المخدرة وهي المرأة التي لا تخرج في المسجد بالليل على ماله بال وتحلف في بيتها على أقل من ثلاثة دراهم أو ربع دينار والى ذلك أشار بقوله

وماله بال ففيه تخرج * اليه ليلا غير من تبرج

واذا وجبت اليمين على مريض فان شاء خصمه أحلفه في موضعه أو أخره الى ان يبرأ ومن طلب تعجيلها أجيب لذلك وفي القسامة واللعان يحلف بعد صلاة العصر ويوجه القاضي شاهدين للحضور على اليمين ويجزئ واحد ﴿فرع﴾ اذا حلف المنكر ثم أقام المدعي بينة فان كانت غائبة أو كان لم يعلم بها قضى له بها وان كان عالما بها وهي حاضرة لم يقض له بها ولم تسمع بعد اليمين في المشهور كما أشار اليه خليل بقوله وان نفاها واستحلفه فلا بينة الا لعذر كنسيان وهذا وفاق للظاهرية وخلافا لهما ولأشهب

﴿الباب السابع في الشهادات وشروط الشهود وهي سبعة﴾

الاسلام الا في أشياء كما ستقف عليه والعقل والبلوغ والحرية والتيقظ

والعدالة

والعدالة وعدم التهمة واليها أشار فى التحفة بقوله

وشاهد صفاته المرعية * عدالة تيقظ حرية

فالعقل والبلوغ والاسلام وعدم التهمة من لوازم العدالة كما أشار الى تعريفها بقوله

والعدل من يجتنب الكبائرا * ويتقى فى الغالب الصغائرا

وما أبيح وهو فى العيان * يقدح فى مروءة الانسان

(فأما الاسلام) فمشترط اجماعا الا ما استثنى للضرورة كالبيطار والطبيب ونحوهما كما أشار اليه خليل بقوله وقبل للضرورة غير عدول وان مشركين وكاجازة أبى حنيفة شهادة الكافر على الوصية فى السفر أخذا من قوله تعالى فآخران يقومان مقامهما الآية (وأما العقل) فشترط اجماعا (وأما الحرية) فمشترطة خلافا للظاهرية (وأما البلوغ) فيشترط فى كل موضع الا ان مالكا أجاز شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الدماء خلافا لهم بشرط ان يتفقوا فى الشهادة ولا يتفرقوا قبل أدائها ولا يدخل بينهم كبير واختلف فى اناثهم والذى ذهب اليه فى التحفة هو قوله

وبشهادة من الصبيان فى * جرح وقتل بينهم قد اقتفى

وشرطها التمييز والذكوره * والاتفاق فى وقوع الصوره

من قبل أن يفترقوا أو يدخلا * فيهم كبير خوف أن يبدلا

(وأما التيقظ) فاحترازا من المغفل وهو الذى تمشى عليه الحيل فلا تقبل شهادته وان كان صالحا (وأما العدالة) فمشترطة اجماعا وحد العدل كما فى التحفة والعدل من يجتنب الكبائر الخ وينقسم الى قسمين مبرز وغير مبرز وقد علمته مطلقا وأما بقيد التبريز فحده هو الذى فاق أقرانه فى العلم والصلاح وقد مثلوه بابى محمد صالح رحمة الله عليه ولا بد أن يتحفظ مطلق العدل من الكبائر وحدها كما قال بعضهم هو ما توعد عليه بالعقاب فى كتاب أو سنة وحد الصغائر بخلاف ذلك و يزاد أيضا ان يترك المباح الذى

يزرى بصاحبه كالاكل فى السوق حيث لم تجر به عادة وكذلك كشف الرأس والمشى بغير نعال ونحو ذلك ولا تقبل شهادة من ارتكب شيأ مما ذكر الا ان تاب وظهر صلاحه فتقبل شهادته الا ان شهد على أحد بما كان هو عوقب فيه فلا تقبل شهادته فيه على المشهور ولا يشترط فى الشاهد انتفاء الذنوب الصغيرة فان ذلك متعذر وقال أبو حنيفة يكفى فى العدالة الاسلام وعدم معرفة الجرحة وتسقط الشهادة بالادمان على الشطرنج والنرد وبما يشغل عن الصلاة الواحدة حتى يخرج وقتها وترك صلاة الجمعة ثلاث مرات من غير عذر وقيل بتركها مرة واحدة وتسقط أيضا بفعل ما يسقط المروءة كملازمة السماع أيضا (وأما عدم التهمة) فيرجع الى ستة أمور (الاول) الميل للمشهود له فلا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لجده وأمه وجدته ولا شهادة واحد منهم له عند الجمهور ولا شهادة الزوج لامرأته ولا شهادتها له خلافا للشافعى ولا شهادة وصى لمحجوره واختلف فى شهادة الاخ لاخيه وقيل تقبل اذا كان عدلا مبرزا كما قال فى التحفة

ولاخيه يشهد المبرز * الا اذا التهمة فيه تبرز

وقيل تجوز اذا لم يكن تحت صلته واختلف فى شهادة الصهر لصهره والصديق لصديقه وفى شهادة الرجل لابن امرأته وفى شهادة المرأة لابن زوجها وفى شهادة الولد لاحد والديه على الآخر وفى شهادة الوالد لاحد أولاده على الآخر كما أشار اليه بقوله

والاب لابنه وعكسه منع * وفى ابن زوجة وعكس ذا اتبع
ووالدى زوجة او زوجة اب * وحيثما التهمة حالها غلب

وذلك كأن يجد لنفسه منفعة أو يدفع عنها عارا أو مضرة (الثانى) الميل عن المشهود عليه فلا تقبل شهادة العدو على عدوه خلافا لابى حنيفة ولا الخصم على خصمه وكل من لا تقبل شهادته فتقبل شهادته له وكل من لا تقبل شهادته له فتقبل عليه واليه أشار فى التحفة بقوله

كالة

كحالة العدو والضنين * والخصم والوصي والمدين

وكمثل ان يجد لنفسه منفعة بالشهادة كأن يشهد على موروثه المحصن بالزنا ليرثه حيث يرجم أو يكون له دين على مفلس فيشهد للمفلس ان له دينا على آخر ليصل الى دينه أو يشهد بحق له ولغيره ﴿الرابع﴾ الحرص على الشهادة فى التحمل أو الاداء أو القبول أو يحلف على شهادته فذلك قادح فيها ﴿الخامس﴾ شهادة السؤال الذين يتكففون الناس لعدم ثقتهم ﴿السادس﴾ شهادة بدوى على حضرى فى الحاضرة لانها محل وجود الشهود فيبعد أن يترك الناس العدول ويستشهدون الغريب البدوى الذى الغالب عليه الجهل بواقع الشهادة ويقيد هذا بما اذا استشهد فشهد اما اذا مر بالمشهود عليهما وسمع منهما ما يوجب حقا لاحدهما على الآخر على سبيل المصادفة لا الاستشهاد والتوثق بشهادته ابتداء فتصح شهادته القروى والبدوى على الحضرى كما أشار الى ذلك بقوله خ لا ان مر به أو سمعه وأما ما يطلب فى الخلوات كالسراق والجنات فتجوز عليهم شهادته بالأحرى وكذلك شهادة النساء والرعاة لان هؤلاء ان لم نحكم عليهم بما ذكر حتى تأتى الشهود ضاعت الحقوق ولا سيما المعروفون بالتهم يؤاخذون بأدنى شبهة زجرا لهم ولامثالهم كما ذكره فى التبصرة والبهجة وغيرهما بيان هذه الشروط السبعة التى ذكرناها فى الشهود انما تشترط فى حال أداء الشهادة الذى هو المعتبر كما فى التحفة

وزمن الاداء لا التحمل * صح اعتباره لمقصد جلى

وأما فى حال تحملها فلا يشترط سوى التيقظ والضبط لما يشهد فيه سواء كان فى حال التحمل مسلما أو كافرا أو عدلا أو فاسقا حرا أو عبدا واذا ردت شهادة العبد أو الكافر أو الصبى أو الفاسق ثم انقلبت أحوالهم عن ذلك لم تقبل شهادتهم فيما كانوا قد ردت فيه شهادتهم ﴿تنبيه﴾ فى حكم شاهد الزور اذا عثر عليه الحاكم عاقبه بالسجن والضرب ويطاف به فى المجالس ويسخم

وجهه كما قاله ابن العربي ونقله في الفائق وغيره ولا تقبل شهادته أبدا الا انها لا تعرف توبته ويغرم ما أتلف بشهادته كما قال في التحفة

وشاهد الزور اتفاقا يغرمه * في كل حال والعقاب يلزمه

﴿فرع﴾ شهادة الاعمى جائزة فيما يقع له العلم به بسماع الصوت أو لمس أو غير ذلك ما عدا النظر خلافا لها

﴿الباب الثامن في أنواع الشهادة والشهود﴾

أما الشهادات فهي ستة أنواع ﴿الاولى﴾ شهادة أربعة رجال وذلك الشهادة على رؤية الزنا باجماع كما قال في التحفة

* ففي الزنا من الشهود أربعة * ﴿والثانية﴾ شهادة رجلين في جميع الامور سوى الزنا كما قال * وما عدا الزنا ففي اثنين سعه * ﴿والثالثة﴾ شهادة رجل وامرأتين وذلك في الاموال خاصة كما قال

ورجل بامرأتين يعتضد * في كل ما يرجع للمال اعتمد

وأما في حقوق الابدان والاموال والنكاح والدماء والعتق والجراح والطلاق وما يتصل بذلك فلا وأجازها الظاهرية مطلقا واختلف في الوكالة على المال وأجازها أبو حنيفة في النكاح والطلاق والعتق وأجازها الظاهرية مطلقا ﴿والرابعة﴾ شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الا النساء كالحمل والولادة والاستهلال والبكارة وعيوب النساء وقيل انما يعمل بها بشرط ان يفشو ما شهدتا به عند الجيران وينتشر وقال أبو حنيفة لا بد من أربع نسوة وأجاز أبو حنيفة أيضا شهادة امرأة واحدة قال في التحفة

وفي اثنتين حيث لا يطلع * الا النساء كالمحيض مقنع

﴿تنبيه﴾ ان شهد حكيمان بعيوب فرج النساء لا تقبل شهادتهما مع وجود النساء (والخامسة) رجل مع اليمين خاصة بالاموال (والسادسة) امرأتان مع يمين وذلك في الاموال خاصة أيضا ﴿تنبيه﴾ تتردد بين الشهادة والخبر

من ماله اذا كان نظر اللولد ولا بد من اثبات كونه نظرا سيما ان كان أبوه متزوجا بغير أمه ويتأكد ان كان له منها أولاد ثم اذا بلغ فلا يخلو اما أن يكون ذكرا أو أنثى فان كان ذكرا فهو على ثلاثة أقسام أحدها أن يكون أبوه حيا فانه ينطلق من الحجر بالبلوغ كما في الحديث اذا احتلم الغلام ذهب حيث شاء كما تقدم في قوله الى بلوغ حجره الخ وهذا مقيد بما اذا لم يظهر منه سفه فان ظهر منه فينسحب عليه الحجر الى أن يتحقق الرشد والثانى أن يكون أبوه قد مات وعليه وصى فلا ينطلق من الحجر الا بالترشيد واليه أشار بقوله

وان يمت أب وقد وصى على * مستوجب حجرا مضى ما فعلا
ويكتفى الوصى بالاشهاد * اذا رأى مخايل الرشاد

وهذا اذا كان الوصى من قبل الاب اما اذا كان مقدما من قاض لم يكن له الترشيد الا باذنه كما ان للقاضى ترشيده اذا ثبت عنده رشده وسواء كان بوصى أو بغير وصى واليه أشار بقوله

وفى ارتفاع الحجر مطلقا يجب * اثبات موجب لترشيد طلب

الثالث أن يبلغ ولا يكن له أب ولا وصى وهو المهمل فهو محمول على الرشد الى أن يتبين سفهه وهو المشهور وقيل لا بد من اثبات رشده بالبينة واليه أشار بقوله

والبالغ الموصوف بالاهمال * معتبر بوصفه فى الحال
فظاهر الرشد يجوز فعله * وفعل ذى السفه رد كله
وذا الامروى عن ابن القاسم * من غير تفصيل له ملائم
ومالك يجيز كل ما صدر * بعد البلوغ عنه من غير نظر
وعن مطرف أتى من اتصل * سفهه فلا يجوز ما فعل
وبالغ وحاله قد جهلا * على الرشاد حمله وقيل لا

وأما ان كانت أنثى فهى تنقسم الى تلك الاقسام الثلاثة أيضا فاما ذات

الاب اذا بلغت فتبقى فى حجره حتى تتزوج ويدخل بها زوجها وتبقى مدة
بعد الدخول واختلف فى تحديد تلك المدة من عام الى سبعة أعوام
﴿تنبيه﴾ وهذا كله مالم يشهد الاب ليلة زفافها انه جدد الحجر عليها فان
فعل فلا تخرج الا بثبوت الرشد أو باطلاق الاب كما قال

كذاك من أبوه حجرا جددا * عليه فى فور البلوغ مشهدا

وقيل لا تنطلق حتى يرشدها أبوها أو يشهد لها بالرشد وقال الشافعى
وأبو حنيفة اذا بلغت ملكت أمرها والى ذلك أشار فى التحفة

وان تكن بنت وحاضت والاب * حى فليس الحجر عنها يذهب
الا اذا ما نكحت ثم مضى * سبعة أعوام وذا به القضا
مالم يجدد حجرها اثر البنا * أو سلم الرشد الذى تبينا

(وأما ذات الوصى) فلا تنطلق من الحجر الا بالترشيد كما ذكرنا كما قال

وحجر من وصى عليها ينسحب * حتى يزول حكمه بما يجب

* والعمل اليوم عليه ماض * ومثل الوصى من قبل الاب مقدم القاضى
كما قال * ومثله حجر وصى القاضى * (وأما المهملة) فقيل انها تملك
أمر نفسها اذا بلغت وقيل حتى يدخل بها زوجها أو تعنس والى حكمها
أشار بقوله

وان تكن ظاهرة الاهمال * فانها مردودة الافعال
الا مع الوصول للتعنيس * أو مكث عام زمن التعريس

واختلف فى أمد التعنيس فقيل خمسين سنة الى ستين وبه الحكم والقضا
وقيل اذا مكثت فى بيت أبيها أربعين سنة وقيل ثلاثين وقيل أقل واليه
أشار بقوله

والسن فى التعنيس من خمسين * فيما به الحكم الى الستين
وقيل بل أفعالها تسوغ * ان هى حالة المحيض تبلغ

وتحصيل ماجرى به العمل فى النسوة ان المهملة يجوز فعلها بالتعنيس

أو مضى عام من دخولها وذات الاب أفعالها مردودة حتى يمضى لها سبعة أعوام من دخولها وهذا مع جهل حالهما وأما مع علم سفههما فافعالهما مردودة وذات الوصي والمقدم لا يخرجان الا بالفك ببينة أو ترشيد وقد نظم التاودي رحمه الله ذلك فقال

مهملة ترشيدها فيما نقول * تعنيس أو مضى عام من دخول
وسبعة منه لذات الوالد * مع جهل حال منهما القاصد
ذات وصي أو مقدم ما ان * تخرج الا مع فك مقترن

وهذا الترشيد أو الرشد ثابت في المال وأما ولاية النكاح فلا تذهب برشدها

وان يرشدها الوصي ما أبى * فيها ولاية النكاح كالاب

﴿تنبيه﴾ اذا ثبت ما يوجب الحجر فلا يتخلص السفيه منه الا بثبوت الرشد عند الحاكم اذا مات وصيه كما قال

وليس للمحجور من تخلص * الا بترشيد اذا مات الوصي

والسفيه هو المبذر لماله وذلك باحد أمرين اما بانفاقه في شهواته أو بعدم معرفته بصالحه وتنميته وان كان صالحا في دينه كما تقدم أول الباب وبعضهم قال انه أي المحجور يخرج من الحجر بموت وصيه اذا كان حسن النظر والعكس بالعكس وهو قول ابن القاسم قال ابن سلمون والذي جرت به الفتوى وعليه الشيوخ ان أفعاله كلها حكمها حكم من وصيه حي حتى يظهر رشده ويحكم بترشيده قال في التحفة مرجحا

وبعضهم قد قال بالسراح * في حق من يعرف بالصلاح

﴿قلت﴾ قوله يعرف بالصلاح ليس بخلاف معنى لان من عرف بالصلاح وقد علمت ان الصلاح ضد السفه ولا يعرف الا بالبينة وهو الترشيد فالاختلاف لفظي فتأمله لان الرشد هو حفظ المال كما تقدم تحريره وقد علمت ان المراد بالصلاح هنا هو حفظ المال ولا يلزم منه صلاح الدين خلافا للشافعي وابن الماجشون ثم اذا سفهه القاضي ببينة ثبتت عنده وان

كان كبيرا او يجعل عليه حاجرا كما قال

ويجعل القاضي بكل حال * على السفيه حاجرا في المال

وقال أبو حنيفة من بلغ خمسة وعشرين سنة انطلق من الحجر ولم يجز الحجر عليه وان كان سفيها ﴿توضيح﴾ أفعال السفيه قبل الاطلاع على سفهه والتحجير عليه وقع الخلاف هل تمضي مالم يحجر عليه أولا تمضي فقال ابن الماجشون انما تمضي أفعاله اذا كان رشيدا ثم سفه بخلاف من بلغ سفيها كما قال

وظاهر السفه جاز الحملا * من غير حجر فيه خلف علما

جواز فعله بامر لازم * لمالك والمنع لابن القاسم

وأما اذا استهلك الصغير المهمل شيأ من الحقوق في أصل أو غيره كجناية اذا صح وثبت عليه بموجب شرعي فانه يلزمه في ماله لما علمت من قوله

وبالذى على صغير مهمل * يقضي اذا صح بموجب جلي

ثم اذا رشد ونظر في أمره يبقى له النظر فيما حكم به عليه كما قال

وهو على حجته كالغائب * الى بلوغه بحكم واجب

وأما الذى استهلكه ذو الوصي وثبت عليه فان الوصي يدفعه بعد الثبوت ويعجزه عن الطعن وهو قول ابن عتاب وابن القطان وخالفهما ابن زرب ومحله مادام المحجور حيا فان مات فلا نظر للوصي على الاولاد لان النظر عليهم انما كان تبعا للاب والقاعدة انه ان عدم المتبوع عدم التابع قاله المقري والى هذا الحكم أشار بقوله

ويدفع الوصي كل مايجب * من مال من في حجره مهما طلب

﴿تكميل﴾ الوصي يجب أن يكون عدلا يشترط فيه مايشترط في العدل ﴿فرع﴾ اذا قبل الوصية في حياة الموصي فله أن يرجع طول حياته ولا رجوع له بعد مماته ﴿فرع آخر﴾ كل مايجيز الوصي من أفعال المحجور فهو جائز ﴿فرع آخر﴾ كل مايفعله الوصي على وجه النظر فهو جائز وأفعاله كالاب وقد تقدم حكمه ﴿فرع آخر﴾ لاينبغي له أن يشتري من تركة

الموصى شيأ لما يلحقه من التهمة الا أن يكون البيع مزايدة فى محل لا يمكن فيه مسامحة المشترين وأما اذا كانت المزايدة بين الورثة فقط فربما يمنع ﴿فرع آخر﴾ لا يبيع الوصى عقار المحجور الا بعد ثبوت الحاجة أو المصلحة ﴿فرع آخر﴾ لا تجوز شهادة الوصى لمحجوره للتهمة ﴿فرع آخر﴾ اذا دفع الوصى دين الميت بغير بينة ضمن ﴿فرع آخر﴾ اذا تعدد الاوصياء فلا يمضى من فعلهم الا ما اجتمعوا عليه ﴿فرع﴾ اذا تشاحوا فى حيازة المال يكون عند أعدلهم ولا يقسم بينهم ﴿فرع آخر﴾ اذا اختلفوا نظر السلطان بينهم ﴿فرع آخر﴾ اذا أنفق الوصى على المحجور فان كان فى حضانته صدق فيما يشبه دون بينة ولا يمين عليه كما قال

ويرجع الوصى مطلقا بما * ينفقه وما اليمين ألزما

وان لم يكن فى حضانته فعليه البينة انه أنفق عليه أو دفع اليه ﴿فرع آخر﴾ ويأكل الوصى الفقير من مال محجوره بقدر أجرته خلافا لابى حنيفة ﴿فرع آخر﴾ وصى الوصى كالوصى فى كل ما ذكر ﴿فرع آخر﴾ اذا كان الصغير فى كفالة شخص وأنفق عليه فلا بد من ثبوت الكفالة والنفقة واليمين انه أنفق ليرجع واليه أشار بقوله

وغير موصى يثبت الكفاله * ومع يمين يستحق ماله

(وأما المجنون) فيحجر عليه حتى يبرأ (وأما العبد) فلا يجوز له التصرف فى ماله الا باذن سيده (وأما المريض) فهو نوعان مريض لا يخاف عليه الموت كالعمى والبرص والجذام والرمد وغير ذلك فلا يحجر عليه أصلا وفعله كالصحيح ومريض يخاف عليه فى العادة كالحمى والسل وذات الجنب وشبه ذلك فهذا هو الذى يحجر عليه فيمنع مما زاد على قدر الحاجة من الاكل والشرب والكسوة والتداوى ويمنع مما يخرج من ماله بغير عوض كالهبة والعتق ولا يمنع من المعاوضات الا ان كان فيه محاباة والى ذلك أشار بقوله

وما اشترى المريض أو ما باعا * ان هو مات يأبى الامتناعا
فان يكن حابى به فى الاجنبى * فى ثلثه يأخذ ما به حبى
وما به الوارث حابى منعا * وان يجزه الوارثون اتبعا

وان عاش وصح مضى فى ماله لان الحجر عليه انما هو لحق ورثته ويلحق به من يخاف عليه الموت كالمقاتل فى الصف والمحبوس للقتل والحامل اذا بلغت ستة أشهر واختلف فى راكب البحر وقت الهول ﴿تتميم﴾ وأما المرأة فانما يحجر عليها اذا كانت ذات زوج أن تتصرف بغير عوض كالهبة والعتق فيما زاد على ثلثها خلافا لهما واذا تصرفت فى أكثر من الثلث فقيل تبطل الزيادة على الثلث خاصة وقيل يبطل الجميع وقد تقدم الايماء اليه ولها التصرف فى جميع مالها بعوض وبغير عوض فى الثلث فادون ﴿تنبيه﴾ اذا أمتعت المرأة مالها فى زوجها مدة الزوجية بينهما فليس لها التصرف فيما أمتعته فيه لا بعوض ولا بغير عوض الا باذنه ﴿فائدة﴾ يجوز للوصى أن يعطى للمحجور بعض ماله ليختبره به بشرطين الاول أن يعلم منه خيرا والثانى أن يكون المال يسيرا بالنسبة الى المال والى المحجور وقال أبو الحسن كالخمسين والستين دينارا وهل يختبره قبل البلوغ أو لا يختبره الا بعده قيل وقيل الا بعد البلوغ اللهم الا أن يجعل الوصى على الصبى من يرقبه أو كان متطلعا عليه كما استظهره صاحب البهجة وعلله بان السابق على البلوغ لا يوجب خروجه من الحجر ﴿مسئلة﴾ يتجاذبها باب الشهادة وهذا الباب وهى انه ينبغى الاكثار من شهود الترشيد والتسفيه وعليه عمل الموثقين وتكون الشهادة بأنه سفيه مبذر لماله يخدع فى البيع والابتياع وممن لا يعد المال شيأ يعتد به فاذا ثبت ذلك ضرب على يديه ومنع من التصرف فى المستقبل وترد أفعاله الماضية على القول المعمول به من اعتبار الحال لا على مقابله فانه لا يرد ما فعل قبل الضرب على يده والى ذلك أشار بقوله

والشان الاكثار من الشهود * فى عقدى التسفيه والترشيد
* وليس يكفى فيهما العدلان * بل الثلاثة والاربعة من العدول ومن
اللفيف اثناعشر الى الستة عشر الى العشرين وهو الافضل كما ذكر شرح
ناظم العمل من الستة عشر الى العشرين عند قوله

وقدره فى الغالب اثناعشرا * وزد لكالرشد وضدا كثرا

وقيل ان عجز عن أكثر من شاهدين لم يمنع من أخذ ماله كما فى أقضية البرزلى
قائلا اذا لم يمكنه الاستكثار يكفيه العدلان يعنى ومايقوم مقامهما من
اللفيف وهو الاثناعشر كامر وشهر ابن فرحون انه يجزى اثنان فيكلف
أولا بالاستكثار فان عجز عنه اكتفى باثنين ومن فى معناهما لانه النصاب
الشرعى ﴿تنبيه﴾ اذا شهد بالرشد أربعة أو أكثر وشهد عدلان بالسفه
فان شهادة السفه أعمل لانها علمت مالم تعلمه المرشدة كما قال
* وفى مرد الرشد يكفيان * ﴿تنبيه آخر﴾ قال فى البهجة ناقلا عن الفائق
كذلك ينبغى الاستكثار من الشهود فى كل موضع تكون فيه الشهادة
على الظن الغالب مما لاسبيل فيه الى القطع كالتفليس وحصر الورثة
والاستلحاق والاستحقاق وانتقال الملك للوارث والشهادة للمرأة بغيبة
زوجها وعدم رجوعه اليها وتركها بغير نفقة والشهادة بالسماع الى غير ذلك
وبالجملة فوثائق الاسترعاء كلها ينبغى فيها الاستكثار ما أمكن ﴿تلميح﴾
المراد بشهادة الاسترعاء هى ما يمليه الشاهد من علمه وعكسها الاصل وهو
ما يمليه المقر أو المتعاقدان على الشهود

﴿الباب الخامس فى الرهون وفيه عشر مسائل﴾

(الاولى) يجوز الرهن فى كل شىء يملك من العروض والحيوان والعقار
ويجوز رهن المشاع خلافا لابى حنيفة كما قال

والرهن للمشاع مع من رهنا * قبض جميعه له تعينا

ويجوز رهن الدنانير والدراهم اذا طبع عليها كما قال

وجاز رهن العين حيث يطبع * عليه أو عند أمين يوضع

ويجوز رهن الدين خلافا للشافعي وحوزه بحوز وثيقته ويجوز رهن الثمرة قبل بدو صلاحها ويجوز الرهن قبل حلول الحق خلافا للشافعي وبعد حلوله اتفاقا والضابط فيه أن يكون يستوفى منه الحق كما قال

والشرط أن يكون ما يرتهن * مما به استيفاء حق يمكن

فخارج كالخمر باتفاق * وداخل كالعبد ذي الاباق

﴿مسئلة مناسبة﴾ الرهن كله محتبس ما بقي من المرهون فيه درهم واحد كما قال والرهن محبوس بكل ما وقع * فيه ولا يرد قدر ما اندفع

فلا يرد منه قدر المدفوع ويبقى البعض ﴿المسئلة الثانية﴾ في المرهون فيه وهو جميع الحقوق من بيع أو سلف أو غير ذلك الا الصرف ورأس مال السلم لان الصرف الشرط فيه التناجز ورأس السلم لما فيه من دين في دين وقال الظاهرية لا يجوز أخذ الرهن الا في السلم يعني المسلم فيه كما اشترطوا أيضا أن يكون في السفر وأن لا يوجد كاتب أخذا بظاهر الآية ﴿المسئلة الثالثة﴾ في القبض وهو الحوز وهو شرط تمام في العقد وقال الشافعي وأبو حنيفة شرط صحة وعلى المذهب فاذا اعقد الرهن بالقول لزم وأجبر الراهن على اقباضه للمرتهن فان تراضى المرتهن في المطالبة به أو رضي بتركه في يد الراهن بطل الرهن كما قال

والحوز من تمامه ولو حصل * ولو معارا عند راهن بطل

ولا يكفي في القبض الاقرار به ولا بد في الاقباض من معاينة البينة له ﴿فرع﴾ اذا قبض الرهن ثم فلس الراهن فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء وكذلك في الموت ويصح أن يتفق العاقدان على وضعه عند أمين ولا ضمان على الامين اذا تلف كما قال

وان يكن عند أمين وقفا * فلا ضمان فيه مهما تلفا

﴿المسئلة الرابعة﴾ دوام القبض خلافا للشافعي فاذا قبض الرهن ثم رده

الى

الى الراهن بعارية كما تقدم أو وديعة أو كراء أو استخدام العبد أو ركوب الدابة بطل الرهن ﴿فرع﴾ اذا احتيج الى استعمال الرهن أو اجارته فليتول ذلك المرتهن باذنه ولا يترك تجول يده فيه فيبطل الرهن ﴿المسئلة الخامسة﴾ في المنفعة بالرهن فهى للراهن فان اشترطها المرتهن جازت بشروط ان كان الدين من بيع أو شبهه ولا يجوز اشتراطها ان كان الدين من سلف لانه سلف جر منفعة فان لم يشترطها المرتهن ثم تطوع بها الراهن لم يجز لانها هدية مديان وأن لا يكون الرهن أشجارا اللهم الا أن يكون الدين من بيع والغلة لعام واحد والثمرة قد بدا صلاحها والى ذلك أشار بقوله

وجاز في الرهن اشتراط المنفعه * الا في الاشجار فكل منعه

الا اذا النفع لعام عينا * والبدو للصلاح قد تبينا

ويفهم من قوله اشتراط ان ذلك في صلب العقد لا بعده وقال ابن حنبل ينتفع المرتهن بالحيوان بنفقته ﴿المسئلة السادسة في بيع الرهن﴾ ولا يجوز للراهن بيعه ويجوز أن يبيعه المرتهن وينصف نفسه من ثمنه ان وكله الراهن والا باعه وكيل الراهن أو القاضي ﴿المسئلة السابعة فيما يتبع الرهن﴾ فيصير رهنا مثله ومالا فاما مالا يتميز كسمن الحيوان فهو تابع له اجماعا وان كان متناسلا عنه كالولادة والنتاج فيكون تابعا له خلافا للشافعي بخلاف غير ذلك كصوف الغنم وثمر الاشجار وسائر الغلات فلا تتبعها في الرهن خلافا لابي حنيفة ﴿المسئلة الثامنة﴾ في ضمان الرهن اذا تلف فان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من الراهن كالعقار كما قال

الرهن توثيق لحق المرتهن * وان حوى قابل غيبة ضمن

مالم تقم له عليه بينه * لما جرى في شأنه معينه

فمفهوم قوله وان حوى قبل غيبة الخ هو ما ذكرنا ومنطوقه انه ان كان مما يغاب عليه كسائر الاشياء فضمانه من المرتهن الا أن تقوم على هلاكه بينة وانه هلك بغير تعد ولا تفريط من المرتهن كما يشعر به البيت الذي يليه

وأما ان هلك عند أمين فضمانه من الراهن وقال الشافعى ضمانه ومصيبته من الراهن مطلقا وعكس أبو حنيفة ﴿المسئلة التاسعة﴾ غلق الرهن وهو لا يجوز فى صورته أن يشترط المرتهن ان الرهن له بحقه ان لم ينصفه الراهن عند حلول الاجل لتردد الرهن بين عقدتى البيع والرهن وهو لا يجوز ﴿المسئلة العاشرة﴾ فى اختلاف الراهن والمرتهن وذلك اما أن يختلفا فى عين الرهن أو فى صفته أو فى حلول الاجل والى ذلك أشار بقوله

وفى اختلاف راهن ومرتهن * فى عين رهن كان فى حق رهن

أى بأن قال الراهن رهنى كان أفضل من هذا وقال المرتهن بل هو رهنك فالحكم كما قال

القول قول راهن ان صدقا * مقاله شاهد حال مطلقا

ومثال شهادة الحال للراهن وتصديقه كما قال

كأن يكون الحق قدره مائه * وقيمة الرهن لعشر مبدئه

وقيل القول للمرتهن ولو ادعى مالا يشبه قاله أشهب وعيسى عن ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن حبيب وبه أقول ابن يونس كما لو قال لم ترهنى شيأ وهذا هو المعتمد الذى به تجب الفتوى اهـ من التاودى واما ان اختلفا فى صفته كثوب خلق يدعى جدته الراهن فالقول للمرتهن اذا أشبه والراهن اذا أشبه ولم يشبه المرتهن واليه أشار بقوله

وفى كثوب خلق ويدعى * جدته الراهن عكس ذا وعى

الا اذا خرج عما يشبه * فى ذا وذا والعكس لا يشتبه

واما الاختلاف فى اذا اختلفا فى حلول الاجل فكذلك أيضا ﴿تتميم﴾ فان اختلفا فى الرهنية كأن يقول أحدهما رهن والآخر وديعة فالقول لمدعى نفى الرهنية الا ان يشهد العرف بضده كخاتم عند بقال أو خباز فان اختلفا فى المقبوض فقال الراهن عن دين الرهن وقال المرتهن عن دين لا رهن فيه وزع المقبوض على الدينين بعد حلفهما كالحمالة ولما كان الضمان

كالرهن فى تحصين الحق حسن ان يذكر عقبه ولذلك أثبتناه هنا

﴿الباب السادس فى الحمالة وما يتعلق بها﴾

من غرم وعدمه وسقوطها بفساد أصلها ويعبر عنها بالضمان أيضا كما فعل صاحب التحفة كما يعبر عنها أيضا بالكفالة والزعامة كما قال

وسمى الضامن بالحميل * كذاك بالزعيم والكفيل

وفيها أربع مسائل (الاولى) فى المضمون وهو كل حق يصح فيه النيابة كما قال ابن عرفة الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له فقوله لا يسقطه هو فى محل رفع صفة لالتزام لا فى محل خفض صفة لدين أى التزام لا يسقط الدين عمن هو عليه لبقائه فى ذمة المضمون واحترز به عمن التزم أداء دين عن آخر على أن يبريه الطالب ولا يرجع الدافع عليه ويكون الضمان فى الاموال وغيرها مما يؤل اليها فلا يصح الضمان فى الحدود ولا فى القصاص لانها لا تصح النيابة فيها وانما الحكم فيها بالسجن حتى يثبت الحق ويستوفى وأجاز قوم الضمان فيها بالوجه ويجوز ضمان المال المعلوم اتفاقا والمجهول خلافا للشافعى ويجوز الضمان بعد وجوب الحق اتفاقا وقبل وجوبه خلافا لشريح القاضى وسحنون والشافعى ولا يلزم الضمان للحق باقرار المطلوب حتى يثبته فى المشهور وقيل يلزم باعترافه كاعتراف المأذون له ﴿المسئلة الثانية﴾ فى المضمون عنه وهو كل مطلوب بمال ويجوز الضمان عن الحى والميت ومنع أبو حنيفة الضمان عن الميت اذا لم يترك وفاء بدينه وعن الغائب ويجوز عن الموسر والمعسر ويجوز الضمان باذن المضمون وغير اذنه كما قال

ولا اعتبار برضا من ضمنا * اذ قد يؤدى دين من لا أذنا

﴿المسئلة الثالثة﴾ فى الضامن وهو كل من يجوز له التصرف فى ماله والى ذلك أشار بقوله

وصح من أهل التبرعات * وثلث من يمنع كالزوجات

فلا يجوز ضمان السفيه ولا الصغير ولا العبد الا باذن سيده سواء كان مأذونا له أو غير مأذون ولا للمرأة فيما زاد على ثلثها الا باذن زوجها فان زاد على الثلث رد الكل ﴿المسئلة الرابعة﴾ فى أنواع الضمان وهو نوعان ضمان وجه وضمان مال كما قال *وهو بمال أو بوجه جار* فاما ضمان المال فيغرم فيه الضامن ويرجع على المضمون عنه ان ضمنه باذنه اتفاقا وكذلك ان ضمنه بغير اذنه كما تقدم خلافا لابى حنيفة وينقسم ضمان الوجه على قسمين أحدهما ان يكون على حكم ضمان الخيار فيأخذ من شاء من الضامن أو الغريم فى المشهور وقال ابن كنانة وأشهب لا يغرم الضامن الا فى عدم الغريم والآخر أن لا يكون كذلك فقيل يأخذ بما شاء كضمان الخيار وفاقا لهم وقال ابن القاسم انما يأخذ من الغريم الا ان فلس أو غاب فحينئذ يأخذ من الضامن وهو ما أشار له بقوله

والاخذ منه أو على الخيار ﴿تنبيهات ثلاثة الاول﴾ اذا أخذ ضامنين بحقه فليس على أحدهما الا نصف الحق الا ان يكون أخذهما فى موطنين فيكل واحد منهما ضامن لكل الحق (الثانى) اذا ضمنا بحكم الخيار أو ضمن كل واحد منهما الآخر (الثالث) مسئلة اضمنى وأضمنك فانه جائز على المشهور ﴿تتمات الاولى﴾ اذا أخر الطالب المطلوب فهو تأخير للكفيل وقيل تسقط الكفالة لان الكفيل يقول أخرته فى وقت كان يمكن الاداء فيه (الثانية) اذا أخر الطالب الكفيل فهو تأخير للمديان الا ان يحلف انه لم يرد تأخيره (الثالثة) من تحمل عن أحد صداقا أو ثمنا فى نفس العقد لزمه فى الحياة دون الوفاة وقال ابن الماجشون يلزمه حيا وميتا وهو حمل لا حمالة والفرق ان الحمالة يرجع بها الحميل على المحمول عنه بخلاف الحمل فهو لازم للحميل فى حياته وبعد مماته ان نص عليه فى صلب العقد باتفاق فان تحمله بعد العقد لزمه فى الحياة واختلف فى الممات كما ذكرنا ﴿واما ضمان الوجه﴾ فجائز كما قال

وضامن

وضامن الوجه على من أنكرا * دعوى امرئ خشية ان لا يحضرا

خلافا للشافعي والظاهرية وهو على قسمين أحدهما ان يضمن احضاره ويشترط ان لم يحضره فلا شئ عليه فينفعه شرطه ولا غرم عليه ان لم يحضره والقول قوله فى انه لم يجده الا ان يثبت الطالب انه كان قادرا على الاتيان به وفرط حتى مات أو غاب المضمون وان مات الضامن فلا شئ على ورثته مطلقا (والثانى) ان يضمن احضاره ولا يشترط ذلك فان أحضره برئ وان لم يحضره غرم وان مات غرمه ورثته من تركته الا ان يحضروا المضمون ولو ميتا كما قال

ويبرأ الحميل بالوجه متى * أحضر مضمونا لخصم ميتا

والعبرة بحضوره بمجلس الحكم أو ما فى معناه وقال أبو حنيفة يحبس به حتى يأتى به *(تتميمات الاولى)* هذه أحد الثلاث التى لا تكون الا لوجه الله المجموعة فى قول ابن عاشر

القرض والضمان رفق الجاه * تمنع ان ترى لغير الله

وثمن الجاه وقع فيه اختلاف بين العلماء وحاصله انه ان كان يحتاج الى نفقة وسفر وتبطيل أشغال فله أجر مثله والا حرم قال ابن رحال هذا التفصيل هو الحق وانما يحرم ثمن الجاه اذا كان غيره ينتفع بجاهه فقط من غير مشقة ولا سيما ان كان فى أمر مشتبه (الثانية) دعوى الضمان لا تتوجه عليها يمين بمجردها الا ان ادعى ان أصل العقد وقع عليه لان الضمان من التبرعات يجرى مجرى دعوى الصدقة وكذلك الاقالة خلافا لابن عتاب وقال البرزلى اذا ادعى انه ضمن له ذهبا عن غريم فانكر توجهت عليه اليمين فان نكل حلف المدعى فتأمله هل هو وفاق وهو اذا ادعى عليه فى صلب العقد أو خلاف ثم قال فى البهجة وكان أذكر فى حاشية ان لا تترتب عليه يمين الا بعد ثبوت أصل الحق وفى موضع آخر ان ادعى انه تحمل له بذلك فى أصل العقد والا جرت على دعوى المعروف وهذا ينفى التأمل المذكور (الثالثة)

الضامن اذا قال لرب الدين قبل الاجل حط عن غريمك عشرة مثلا وأنا كفيل لك بالباقي فانه يمنع كما قال

والحكم ذا حيث اشتراط من ضمن * حطا من المضمون عمن قد ضمن

(الرابعة) اذا جعل رب الدين أو أجنبي مثلا ليأتي بضامن قبل الاجل وبعد العقد فالضمان فاسد والاجر مردود (الخامسة) شخصان اشترى سلعة بينهما بدين وتضامنا فان ذلك جائز كما قال

وباشتراك واستواء في العدد * تضامن خفف فيه ان ورد

(السادسة) اذا وقعت الحمالة في عقد فاسد فهي كالعدم كما قال

ويسقط الضمان في فساد * أصل الذي الضمان فيه باد

(السابعة) اذا ضمنه بالمال أو بالوجه اقتصر على ما عين اما اذا قال أنا ضامنه بوجهه انصرف اليهما كما قال

وان ضمان الوجه جاء مجملا * فالحكم ان المال قد تحملا

الا ان يصرح كأن يقول أضمن الوجه لا المال (الثامنة) اذا مات المضمون قبل الاجل فلا يحل طلب الضامن الا بعد الاجل كما قال

وما على الحميل غرم ما حمل * ان مات مضمون ولم يحن أجل

فان مات الضامن قبل الاجل فللطالب تعجيل حقه من تركته ثم لا رجوع لورثة الضامن على المضمون حتى يحل الاجل وله محاصة غرمائه كما قاله خليل وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد الاجل أو الغريم ان تركه يعني الدين ثم قال التاودي فلو زاد الناظم

وعجل الحق بموت من ضمن * وارثه يرجع بعد ان يحن

لوفى بالمسئلتين (التاسعة) يأخذ الضامن من مضمونه دينا أداه عنه بشرط ثبوته ببينة أو اقرار من رب الدين ان قبضه (العاشرة) اذا أدى الضامن الحق في غيبة المدين بعد الاجل فقدم المدين واثبت الاداء أيضا بعد الاجل فان سبق الضامن بالاداء رجع على المدين لانه رجع بحق ويرجع المدين على

الطالب

الطالب وان سبق المدين بالاداء فلا يرجع الحميل عليه بل على الطالب وان جهل السابق فيرجع الحميل على الطالب أيضا بعد يمين المدين انه دفع قبله الا أن يكون الحميل دفعه بالقضاء من الحاكم فيرجع على المدين فان نكل المدين حلف الحميل وأغرمه فان نكل فلا شئ عليه قاله ابن عرفة عن الموازية بنقل صاحب البهجة ﴿تكميل﴾ الضامن يرجع بمثل المقوم بقيمته وهى احدى المسائل التى يضمن فيها المقوم بالمثل ثانيتها جزاء الصيد لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم الآية وثالثتها شاة الزكاة اذا أتلف المالك الغنم بعد الحول لزمه احضار ما وجب فيها لا قيمته ورابعتها الحيوان والعرض المقترض وخامستها من هدم وقفا ألزم باعادته كما كان لئلا يؤدى الى أخذ القيمة والى بيع الوقف ويجمعها قول القائل

ضمن مقوما بمثل فى ضمان * قرض زكاة وجزا هدم مكان

قال فى البهجة لكن المشهور كما فى ابن عرفة فى مسئلة هدم الوقف وجوب القيمة ﴿فرع﴾ الشاهد اذا شهد لشخص بدين على آخر فاعطاء المطلوب ضامنا بذلك الحق واجب احتياطا الا ان الحكم قرب توجهه اما بشاهد ثان أو باليمين قال فى البهجة وظاهره وجوب الضامن بالمال فى البيت الذى بعد هذا

والشاهد العدل لقائم بحق * اعطاء مطلوب به الضامن حق

وضامن الوجه على من أنكرا * دعوى امرئ خشية ان لا يحضرا

أى ان لا يجده اذا أتى بالشاهد ونحوه وهذا شامل لمن وجد شاهدا أو أقام الدعوى مجردة وطولب بالاثبات فان المدعى عليه يكلف بضمانه فى العدل بالمال وفى الدعوى المجردة بالوجه خشية تغيبه عن المدعى ومجالس الحكم ولكن هذا بعد ان يؤجل المدعى لاحضار ما ادعاه كما أفاده بقوله

من بعد تأجيل لهذا المدعى * بقدر ما استحق فيما يدعى

مالا ضرر فيه على المطلوب واختلف ان لم يجد ضامنا فقال ابن القاسم

انه يقال للخصم لازمه بنفسك أو وكيلك حتى تجد البينة وهو مذهب أبى حنيفة ولا يسجنه كما قال

وقيل ان لم ياف من يضمنه * للخصم لازمه ولا يسجنه

وقال أشهب انه يلزم أن يأتى بالضامن أو يسجن بعد ان يحلف المدعى ان له بينة غائبة وهو المراد بقوله

وأشهب بضامن الوجه قضى * عليه حتما وبقوله القضا

وهذا كله اذا ادعى بينة قريبة والا حلف المطلوب وترك وقد استوفى هذه المسئلة فى اللامية حيث قال

كبينة قامت بقرب لمدع * فيؤمر مطلوب بان يتحملا

حميل به بالوجه بالعجز سجنه * وان بعدت يحلف له ان تحصلا

بدين يمين المدعى ان ما ادعى * من البينات صح باسم وقيل لا

فيمين الطالب شرط فى سجن المطلوب فى القريبة وفى تحليف المطلوب أيضا فى البعيدة وتسمية الشهود شرط فيهما واذا سماهم ولم يشهدوا أولم يكونوا عدولا فلا شئ له بعد ذلك وهنا كلام عريض الذيل فلينظر فى البهجة والتبصرة وغيرهما ﴿ارشاد﴾ قال ابن رشد فى نوازله يجب على القاضى ان يعلم الطالب بوجوب الحميل له ان كان مثله يجهل (وكذا) يجب عليه ان يعلم الحميل بصفة الحكم من تأخير بعد الحلول أو غيرها ﴿فائدة﴾ مما خالف فيه أهل الاندلس ابن القاسم هذه المسألة وليست من تلقين الخصوم فى شئ المشار اليه بقوله

ومنع الافتاء للحكام * فى كل ما يرجع للخصام

(ثانيها) انهم لا يوجبون الحق الا بعد الشهادة عليه بعدلين وهو ما تقدم قريبا فى قوله والشاهد العدل به الضامن حق الخ (وثالثها) من أنكر شيأ ثم أقر به وأقام براءة بالبينة لم تنفعه وتقدمت للناظم فى قوله

* لانه كذبهم فى الاول * وبمنزلة من انكر وديعة ثم أقر بها وأقام

بينه

بينة بالدفع (ورابعها) الشفعة فيما لا ينقسم وسيأتى للناظم فى قوله * والفرن والحمام والرحا القضا * الخ وأوجبوها أيضا فى الاصول الموظفة وهو قول أشهب (وخامسها) انهم جعلوا الشئ المستحق يدخل فى ضمان المستحق وتكون له الغلة وهو قول مالك فى الموطا وعليه اقتصر الناظم فى فصل التوقيف (وسادسها) من غاب عن زوجته فحاله فى مغيبه حال خروجه فى العسر واليسر قاله ابن نافع ودرج عليه الناظم فى النفقات على المقابل فقال فحالة القدوم لابن القاسم الخ وكذا قال خ اعتبر حال قدومه (وسابعها) انهم أوجبوا القسامة مع شهادة غير العدول من اللفيف وسيأتى قول الناظم

ومالك فيما رواه أشهب * قسامة بغير عدل يوجب
أو بكثير من لفيف الشهدا * ويسقط الاعذار فيهم أبدا

وتقدم قوله ولا اللفيف فى القسامة اعتمد الخ (وثامنها) انهم لم يجيزوا الشهادة على خط الشاهد الا فى الاحباس المعقبة اذا اقترن بها السماع الفاشى ودرج الناظم على مقابله حيث قال وخط عدل الى آخر ما تقدم (وتاسعها) انهم تركوا تحلية المشهود عليه وصفته فى العقود ولعل هذا مع وجود المعرف والا فقد تقدم انه اذا لم تكن معرفة ولا تعريف فلا بد من التحلية وتأمل قول خليل وميز فيه ما يتميز به من اسم وحرفة وغيرهما الخ (وعاشرها) انهم لم يجيزوا للوصى ان ينظر على أولاد محجوره الا بتقديم مستأنف ومضى للناظم ونظر الوصى فى المشهور الخ وانهم أجازوا لبس الحرير فى الغزو (ومنها) انهم راعوا الكفاءة فى النكاح فى الحال والمآل وسيأتى قول الناظم فمع كفء بصداق المثل الخ (ومنها) ان ما التزمته المالكة نفسها فى الخلع من نفقة ابنها بعد الحولين لازم لها وهو قول المخزومى وسيأتى للناظم فى الخلع (ومنها) انه لا يلزم الاخدام الا فى ذات المال وعليه درج خليل بقوله واخدام أهله وهو قول ابن الماجشون

(ومنها) انهم أجازوا الاجرة على تعليم النحو والشعر وهو قول ابن حبيب (ومنها) انهم أجازوا بيع كتب الفقه وهو قول أكثر أصحاب مالك ودرج على ذلك خليل بقوله وبيع كتبه (ومنها) انهم أجازوا أفعال السفيه الذى لم يول عليه وعليه خليل بقوله وأفعاله قبل الحجر محمولة على الاجازة عند مالك وسيأتى قول الناظم وفعل ذى السفه رد كله وعليه العمل الآن (ومنها) انهم أجازوا التفاضل فى المزارعة اذا سلما من كراء الارض بما يخرج منها الا انها كراء لا شركة قاله ابن دينار والمعتمد خلافه كما قال خليل وقابلها مساو الخ وهو ظاهر النظم فيما يأتى ومنها ان المزارعة عندهم لا تنعقد الا بالشروع فى العمل قاله ابن كنانة وعليه قول خ ودرج الناظم على مقابله حيث قال * ولزمت بالعقد كالاجارة * ﴿وأما المسائل التى خالفوا فيها مالكا﴾ وهو مذهب الليث وهى ستة (أولها) أن لا يكتفى باليمين مع الشاهد لظاهر القرآن (وثانيها) أن لا يحكموا بالخلطة وهو مذهب الليث أيضا (وثالثها) انهم أجازوا كراء الارض بالجزء مما يخرج منها كالمساقاة والقراض وهو مذهب الليث أيضا (ورابعها) انهم أجازوا غرس الاشجار فى المساجد وهو مذهب الاوزاعى (وخامسها) انهم قالوا برفع المؤذن صوته فى أول الاذان بالتكبير (وسادسها) انهم جعلوا فى الغنيمة للفارس سهمين وهو قول أبى حنيفة لكن القول بعدم الخلطة هو لابن نافع فهو فى المذهب وكذا القول بأن للفارس سهمين كما فى خليل وعليه فالانسب ذكر هذين فى المسائل قبله وانما احتاجوا لبيان هذه المسائل لقولهم المعول عليه فى الفتوى قول من قال القول قول ابن القاسم عند الاختلاف ليس بشئ انتهت من البهجة

﴿الباب السابع فى الحوالة﴾

مأخوذة من التحول عن الشئ لان الطالب تحول من طلبه لغريمه الى طلب غريم غريمه قاله عياض والاصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام

مطل الغني ظلم ومن اتبع منكم على ملي فليتبع اهـ وهي على نوعين احالة قطع واحالة اذن فاما احالة القطع فلا تجوز في الذهب الابثلاثة شروط ﴿الاول﴾ أن يكون الدين المحال به قد حل سواء كان المحال فيه قد حل أم لم يحل ولا تجوز بما لم يحل سواء كان المحال فيه قد حل أم لا لانه بيع دين بدين واليه أشار بقوله

وامنع حوالة بشيء لم يحل * وبالذي حل بالاطلاق أحل

﴿الشرط الثاني﴾ أن يكون الدين المحال به مساويا للمحال فيه في الصفة والمقدار فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر أو أدنى أو أعلى لانه يخرج عن الاحالة الى البيع فيدخله الدين بالدين كما قال

ولا يجوز أن يحال الا * فيما يجانس الدين حلا

﴿الشرط الثالث﴾ أن لا يكون الدينان أو أحدهما طعاما من سلم لانه من بيع الطعام قبل القبض كما قال

والبيع للطعام قبل القبض * من ذمة فذاك غير مرضي

وكما قال وفي الطعام ما احالة تفي * الا اذا كانا معا من سلف

فاذا وقعت الاحالة على الوجه المشروع برئت بها ذمة المحيل من الدين الذي كان عليه للمحال وانتقل الى طلب المحال عليه ولا رجوع للمحال على المحيل ان أفلس المحال عليه أو أنكر الا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فلس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك وقال الشافعي لا يرجع على المحيل غره أو لم يغره وأما الاذن فهو كالتوكيل على القبض والاقتطاع فتجوز بما حل وبما لم يحل ولا تبرأ به ذمة المحيل حتى يقبض المحال من المحال عليه ماله ويجوز للمحيل أن يعزل المحال في الاذن على القبض ولا يجوز له عزله في احالة القطع ويشترط في الاحالة والاذن رضا المحيل والمحال دون المحال عليه كما قال

وبالرضا والعلم من محال * عليه في المشهور لا تبال

لان الحوالة تجوز على الغائب وان كان فى المسئلة خلاف هل يشترط علمه وحضوره والمشهور لا كما قاله ابن سلمون ولا يحال بدين على عرض ولا بدينار على دينارين وتجوز على أحدهما ويبقى الآخر لصاحبه وتجوز بالاعلى عن الادنى ولا تجوز بذهب على فضة ولا عكسه الا أن يقبض المحال به من غير افتراق ولا طول كما قال

ولا تحل باحد النقدين فى * ثانيهما الا ان القبض اقتفى

﴿الباب الثامن فى الوكالة وما يتعلق بها﴾

من تداعى الموكل والوكيل وفيه مسائل (الاولى) فى الموكل والوكيل وتجوز وكالة الغائب والمرأة والمريض اتفاقا ووكالة الحاضر الصحيح خلافا لابى حنيفة وللمطلوب لا لسحنون كما أشار له بقوله

وجاز للمطلوب أن يوكلا * ومنع سحنون له قد نقلا

وجوزوا وكالة الصغير والمحجور فى المصالح كما قال ناظم العمل

وجوزوا التوكيل للمحجور * عليه والايصاء فى الامور

وأما الوكيل فكل من جاز له التصرف لنفسه فى شئ جاز له أن ينوب فيه عن غيره كما قال

يجوز توكيل لمن تصرفا * فى ماله لمن بذاك اتصفا

وقال شارح العمل على البيت المتقدم يجوز للانسان أن يوكل سفيها محجورا عليه فى خصومة أو تصرف فى مال وان يوصى اليه بتنفيذ وصية لا بالنظر فى مال الولد اهـ قال فى البهجة لكن ينبغى أن يقيد بما اذا لم يفوض اليه والا فيمنع لظهور مخايل التضييع حينئذ ويقيد أيضا بما اذا كان الموكل رشيدا عالما بحجره كما فى حاشية ابن رحال وهو ما أفتى به أبو ابراهيم اسحق ابن ابراهيم كما سيأتى له عند قوله

ومن على قبض صبى اقدما * فقبضه براءة للغرما

ولا يجوز توكيل عدو على عدوه لان الوكالات أمانات ولا يجوز توكيل

الكافر

الكافر على بيع أو شراء أو سلم لئلا يفعل الحرام ولا توكيله على المسلمين لئلا يستعلى عليهم كما قال * ومنعوا التوكيل للذمى * ويكره أن يكون وكيلا عنهم كما قال * وليس ان وكل بالمرضى * ﴿المسئلة الثانية﴾ فيما تصح الوكالة فيه ومالا تصح وتجوز الوكالة فى كل ما تصح فيه النيابة من الامور المالية وغيرها والعبادات والقربات الا العبادة المتعلقة بالابدان كالصلاة والصيام فلا تصح النيابة فيها وتصح فى العبادات المتعلقة بالاموال كالزكاة واختلف فى صحتها فى الحج ﴿المسئلة الثالثة﴾ فى أنواع الوكالة وهى نوعان الاول تفويض عام فيدخل فيه جميع ما تصح فيه النيابة من الاشياء وقال الشافعى لا يصح التفويض العام وهذا التوكيل يمضى فعل الوكيل المفوض اليه الا فى أربعة أشياء فلا تمضى الا بالتنصيص بيع دار السكنى وتطليق الزوجة وعتق محظوظه أو بيعه وانكاح بكره والثانى توكيل خاص فيختص بما جعل له الموكل فلا يتعداه من قبض أو بيع أو خصام أو غير ذلك فاذا وكله على البيع وعين له الثمن لم يجز له أن يبيع باقل منه وان وكله على البيع مطلقا لم يجز له أن يبيع بعرض ولا نسيئة ولا بما دون ثمن المثل خلافا لابى حنيفة وان أذن له أن يبيع بما يرى وكيف يرى جاز له ذلك كله ويجوز للوكيل والوصى أن يشتريا لانفسهما من مال الموكل واليتيم اذا لم يحابيا أنفسهما ومنعها الشافعى وقال هو مردود وان وكله على الخصام لم يكن له أن يقر عنه الا ان جعل له ذلك فى التوكيل وان لم يقبل الموكل عليه التوكيل الا يجعلهما فله ذلك ان كان فى خصومة كما قال

والنقص للاقرار والانكار من * توكيل الاختصام بالرد قمن

وقال الشافعى لا يجوز الاقرار عليه وان جعله له وقال أبو حنيفة يجوز وان لم يجعله له ولا يجوز للوكيل أن يوكل غيره الا ان جعل له الموكل ذلك أو كان توكيله عاما كما قال

وذا له توكيل من يراه * بمثله أو بعض ما اقتضاه

﴿المسئلة الرابعة﴾ فيما يبطل الوكالة وهو شيآن موت الموكل بخلاف في المذهب كما أشار اليه بقوله

وموت من وكل أو وكيل * يبطل ما كان من التوكيل

وعزل الوكيل واختلف هل يبطل بنفس العزل والموت قبل أن يعلم الوكيل بذلك أولا تبطل الا بعلم الوكيل بذلك وهذا اذا لم يبدأ الوكيل الخصام في مجلسين أو ثلاث كما قال

وما لمن حضر للجدال * ثلاث مرات من انعزال

الا برضا الموكل والموكل عليه والوكيل وكذلك تبطل الوكالة اذا طالت مدتها نحو الستة أشهر ولم ينشب فيها الخصومة الا ان يجعلها له على الدوام أو يكون التوكيل على أمر معين كما قال

ومن على خصومة معينه * توكيله فالطول لن يوهنه

وأما ان وكله على معين وأتمه ثم أراد ان ينشئ خصومة أخرى بعد مضي الستة أشهر من أمر التوكيل فلا كما قال

وان يكن قدم للمخاصمه * وتم ما أراد مع من خصمه

ورام ان ينشئ أخرى فله * ذاك اذا أطلق من وكله

ولم يجز عليه نصف عام * من زمن التوكيل للخصام

﴿المسئلة الخامسة﴾ تجوز الوكالة بجعل وصورته ان يتقاطع مع الوكيل بأجر معلوم ان ربح القضية والا فلا شئ له وسواء كانت المصاريف على الوكيل والموكل كما ذكره ابن هلال وتكون بأجرة وبغير أجرة فان كانت بأجرة فحكمها حكم الاجارات كما قال

وللاجير أجرة مكمله * ان تم أو بقدر ما قد عمله

وان كانت بغير أجرة فمعروف من الوكيل ﴿فرع﴾ للوكيل ان يعزل نفسه الا حيث يمنع موكله من عزله وهو كما قال في البيت قبله وما لمن حضر للجدال

الخ

الخ الاهم الا ان يطرأ عذر ضرورى كما قال * الا لعذر مرض أو لسفر *
وكما انه لا ينعزل الوكيل الا بما ذكر لا يصح للموكل والموكل عليه التوكيل
ان حضرا بأنفسهما ثلاث مرات الا برضاهما كما قال
* ومثله موكل ذاك حضر * فان موكل يقرأ هنا بصيغة الفاعل
والمفعول ﴿المسئلة السادسة﴾ فى اختلاف الموكل والوكيل فاذا قال
الوكيل قد دفعت اليك وأنكر ذلك الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه
وان طال الزمان فلا يمين عليه وهو قوله

وان وكيل ادعى اقباض من * وكله ما حاز فهو مؤتمن
مع طول مدة وان يكن مضى * شهر يصدق مع يمين تقتضى

لعدم الطول فلم يبق الا شاهد الامانة فيحلف معه وأما ان أنكر بالفور من
القبض فالقول قول الموكل كما قال

وان يكن بالفور الانكار له * فالقول مع حلف لمن وكله

وقيل ان أنكر بعد حين أى سنة فالقول للوكيل دون يمين كما قال

وقيل ان أنكر بعد حين * فهو مصدق بلا يمين
وان عبر الزمن القليل * فمع يمين قوله مقبول

وبهذا فارق الاول لانه لا يقبل قوله اذا كان القيام بالحضرة وقيل ان هذا
الحكم يختص بالمفوض وهو التصديق بيمين مع القرب وبدونها مع البعد
وهو السنة للفرق الذى هو شدة الوثوق بالمفوض وعدم شدته بغيره كما قال

وقيل بل يختص بالمفوض * اليه ذا الحكم لفرق مقتض

﴿تنبيه﴾ وهذا كله فيما قبضه الوكيل بغير اشهاد عليه وأما ما قبضه
باشهاد فلا يصدق فى دعواه دفعه لموكله الا باشهاد كالمودع والرسول قاله
عبد الوهاب والفاكهانى والزناتى والمشذالى بل اتخذوها قاعدة من قبض
باشهاد فلا يبرأ الا باشهاد ﴿فرع﴾ الوكيل العرفى كالحقيقى كالاقارب
الاصدقاء مثل الزوج والزوجة كما قال

والزوج للزوجة كالموكل * فيما من القبض لما باعت يلي

قال الحطاب تصرف الرجل في مال امرأته محمول على الوكالة حتى يثبت التعدي قاله مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم وغيره ﴿تنبيه﴾ ما قبضه الاخ من كراء ربع بينه وبين أخته سنين ثم قامت عليه تطلبه بنصيبها فيه فادعى دفعه لها في جميع المدة فهو مصدق قاله ابن ناجي وابن عرفة وأفتى أبو مهدي بعكسه وبعده رجع أبو مهدي عن فتواه ومزقها ثم أخذ القلم وكتب تحت فتوى ابن عرفة وابن ناجي انه وكيل عرفا وبه أقول ولذلك قال التاودي

والاخ للاخت كراء يقتضي * ويدعي الدفع بقوله قضي

وهو على التوكيل عرفا يحمل * كالزوج مع زوجته اذ يقبل

وهذا كله بحسب اعراف البلدان وعرف فاس بخلاف هذا فلابد من الاشهاد اه من التاودي باختصار ثم اذا قبض هؤلاء كلهم باشهاد وطرأ موت عليهم فانه يؤخذ من تركتهم كما قال

وموت زوج أو وكيل ان عرض * من غير دفع ما بتحقيق قبض

من ماله يأخذ ذاك قائم * بالفور والعكس لعكس لازم

أي من التفصيل المتقدم ﴿تتميم﴾ الغائب ينوب عنه أخوه أو ابنه أو أبوه في الخصام ففي ذلك خمسة أقوال اقتصر الناظم على أولها فقال

وغائب ينوب في القيام * عنه أب وابن وفي الخصام

ثم اذا امكن من الخصام لم يخرج المال من يد حائزه وانما يشهد عليه خوف موت الشهود مالم يقر من بيده العقار للغائب فيخرج عنه ويجعل بيد ثقة وثاني الاقوال ان يمكن من ذلك القريب والاجنبي قاله ابن القاسم وذهب سحنون وأصبغ الى ان القاضي يوكل من ينوب عنه وثالثها يمكن من اقامة البينة ولا يمكن من الخصومة وجعله الناظم من تمام الاول وخصه بغير الاجنبي فقال

وجائز

وجائز اثبات غير الاجنبي * لمن يغيب واختصامه أبى

فيثبت الحق بالبينة مخافة موت الشهود ولا يخاصم وأقره ابن الناظم وهو خلاف ما فى التوضيح والحطاب واقتصر المواق على ان ذلك للابن والاب قال ولا يجوز ذلك لمن سواهما من القرابة اهـ ورابعها الاءيمكن من شئ الا بوكالة وخامسها ان القريب والاجنبي يمكن من الخصومة فى العبد والدابة والثوب دون توكيل لان هذه الاشياء تفوت وتحول ولا يمكن من الخصومة فى غيرها الا الاب والابن حكاه ابن حبيب ومطرف وقد ظهر لك ان الاول والثانى والخامس ثلاثتها متفقة على تمكين الاب والابن من الخصومة ثم اعلم ان محل الخلاف مالم يتعلق بالقائم عن الغائب ضمان للشئ المدعى فيه كالمرتهن لما يغاب عليه والمستعير كاستيفاء المرتهن حقه من ذلك العبد أو الدابة واستيفاء الزوجة نفقتها من ثمنهما فلها ان تقيم البينة لملكهما للغائب وينتزعان ممن هما بيده ويباعان فى النفقة أو الدين والله أعلم اهـ

﴿الباب التاسع فى الغصب والتعدى﴾

وفيهما مسائل ﴿الاولى﴾ فى حد الغصب وهو أخذ رقبة الملك اى منفعته بغير اذن المالك على وجه الغلبة والقهر دون حرابة وذلك ان أخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه كلها حرام والحكم فيها مختلف الاول الحرابة والمحاربون هم الطائفة الخارجة على الامام آيتهم من القرآن انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآيات والثانى الغصب المبوب له والثالث السرقة فسيأتى الكلام عليها والرابع الاختلاس والخامس الخيانة والسادس الادلال والسابع الفجور فى الخصام بانكار الحق أو دعوى الباطل والثامن القمار كالشطرنج والنرد وما أشبههما بجعل وهو الميسر المذكور فى الآية الكريمة والتاسع الرشوة فلا يحل اعطاؤها ولا أخذها والعاشر الغش والخلابة فى البيوع لقوله عليه السلام من غشنا فليس منا ﴿المسئلة الثانية﴾ فيما يجب على الغاصب وذلك حقان

أحدهما حق الله تعالى وهو ان يضرب ويسجن بحسب الاجتهاد وبما يزجره ويزجر أمثاله والثانى حق المغصوب وهو ان يرد اليه ما غصبه ويرد غلته كما أشار اليه بقوله

وغاصب يغرم ما استغله * من كل شئ ويرد أصله

فان كان المغصوب قائما رده اليه بعينه وان كان قد فات رد اليه مثله ان كان من المثليات أو قيمته ان كان من المقومات والمثلى كل مكيل وموزون ومعدود من الطعام والدنانير والدراهم وغير ذلك والمقوم ما لا مثل له كالعروض والحيوان والعقار وتعتبر القيمة فى ذلك يوم الغصب لا يوم الرد وقال الشافعى وأبو حنيفة انما يرد المثل ولا يرد القيمة والفوات الذى يرد الى القيمة هو هلاك المغصوب أو نقصانه أو حدوث عيب مفسد فيه أو صنع شئ منه حتى يسمى باسم آخر كالفضة تساغ حليا والنحاس يصنع به أوانى وقال أبو حنيفة لا يضمن الغاصب عقارا ان تلف بسيل أو حريق أو شبه ذلك خلافا للامامين وأجمعوا على الضمان اذا كان تلفه بجناية من الغاصب ورد الغلة وقع فيها اختلاف بين الائمة قديما وحديثا والذى ذكره فى النظم هو رواية أشهب وابن زياد عن مالك وهو مذهب الشافعى وقال ابن رشد يرد الولد بلا اختلاف وفى الصوف واللبن قولان وفى الاكرية والخراج وشبههما خمسة أقوال يرد الغلة ولا يرد والثالث يردان أكرى لا ان انتفع والرابع ان أكرى أو انتفع لا ان عطل والخامس يرد غلة الاصول لا الحيوان وهو مذهب المدونة قال التاودى بعد حكاية الاقوال لكن المشهور انه يرد غلة المستعمل سواء كان عقارا أو غيره كما فى الحطاب اهـ

﴿تنبيه﴾ حيث يرد الغلة فانه يرجع على المغصوب منه بما أنفق على العبد والدابة وسقى الشجرة ورعى الماشية ونحو ذلك من الغلة على قول ابن القاسم وهو المشهور كما فى البهجة ﴿قلت﴾ والظاهر من قوله من الغلة انها ان زادت النفقة على الغلة فيجرى على بنائه وغرسه بل صرح به فى البهجة وان

الزائد لا يسري الى ذمة المغصوب منه ﴿المسئلة الثالثة﴾ في دعوى الغصب وذلك ان يثبت على المدعى عليه باعتراف أو بينة بعد الاعذار اليه في فصولها وعدالة شهودها وعند ثبوت عجزه عن الطعن فيها يقضى عليه بما ذكر وان لم يثبت عليه فينقسم حكمه الى أربعة أقسام الاول ان يكون المدعى عليه ممن يتهم بذلك فان أنكر فعليه اليمين فان نكل حلف المدعي واستحق والثاني ان يكون المدعى عليه معروفا بالصلاح فلا يمين عليه ويؤدب المدعي والثالث ان يكون المدعى عليه مجهول الحال لا يعرف بصلاح ولا بفجور فانه يحبس حتى يكشف حاله والرابع ان يكون المدعى عليه معروفا بالغصب فيضرب ويهدد ويسجن حتى يعترف ﴿المسئلة الرابعة﴾ في تعمير الغاصب المغصوب بالبناء وغير ذلك والحكم فيه ان من غصب أرضا فبنى فيها فربها بالخيار بين هدم البنيان وازالته ويأخذ الغاصب أنقاضه وبين ان يتركه على ان يعطى الغاصب قيمة أنقاض البنيان من خشب وقرمود وآجر وغير ذلك تقوم منقوضة بعد طرح أجرة القلع وحمله الى خارج المحل المغصوب ولا يعطيه قيمة التجصيص والتزويق وشبه ذلك مما لا قيمة له ان قلع ومن غصب سارية أي عمودا أو خشبة فبنى عليها فلربها أخذها وان تهدم البنيان وقال أبو حنيفة انما له قيمتها ﴿المسئلة الخامسة﴾ من غصب أرضا فغرسها أمر بقلع ما غرس وللمغصوب منه ان يعطيه قيمتها مقلوعة بعد طرح أجرة القلع والعمل كالبنيان ﴿تنبيه﴾ من غصب أشجارا فغرسها بأرضه أمر بقلعها خلافا لابي حنيفة ﴿آخر﴾ فان زرع في الارض المغصوبة زرعا فان أخذها صاحبها في ابان الزراعة فهو مخير بين ان يقلع الزرع أو يتركه للزارع ويأخذ الكراء وان أخذها بعد ابان الزراعة فقيل هو مخير كما ذكرنا وقيل ليس له قلعه ولا الكراء ويكون الزرع لزارعه ﴿قلت﴾ بل تجري الاقوال المتقدمة ﴿المسئلة السادسة﴾ اذا نقص المغصوب عند الغاصب فصاحبه مخير بين

ن يأخذ قيمته يوم الغصب ويتركه للغاصب وبين ان يأخذه مع قيمة
لنقص ان كان من فعل الغاصب وان كان النقص بسماوي لم يأخذ قيمة
لنقص ﴿المسئلة السابعة﴾ ان اختلف الغاصب والمغصوب منه في
جنس المغصوب أو صفته أو قدره ولم يكن لاحدهما بينة فالقول قول
لغاصب مع يمينه والغاصب ضامن لما غصبه سواء تلف بسماوي أو بفعل
فاعل من مخلوق

﴿فصل﴾ وأما التعدي فهو أعم من الغصب لان التعدي يكون في
لاموال والفروج والنفوس والابدان أما التعدي في الابدان والنفوس
يذكر في الباب الاخير ان شاء الله ويذكر هنا في الاموال والفروج
أما التعدي في الاموال) فهو على أربعة أنواع الاول أخذ الرقبة وهو
لغصب الذي تقدمت بعض أحكامه والثاني أخذ المنفعة دون الرقبة
هو نوع من الغصب ويجب فيه الكراء مطلقا والثالث الاستهلاك
اتلاف الشئ كقتل الحيوان أو تحريق الثوب كله أو تحريقه وقطع الشجر
كسر الفخار واتلاف الطعام والدنانير والدراهم وشبه ذلك ويجري
مجراه التسبب في التلف كمن فتح حانوتا لرجل فتركه مفتوحا فسرق أو فتح
قفص طائر فطار أو حل عبدا موثوقا فابق أو أوقد نارا في وقت ريح فأحرقت
شيأ أو حفر بئرا بحيث يكون حفره تعديا فسقط فيه انسان أو بهيمة أو قطع
وثيقة حق فضاع ما فيها من الحقوق فمن فعل شيأ من ذلك فهو ضامن لما
استهلكه أو أتلفه أو تسبب في اتلافه سواء فعل ذلك كله عمدا أو خطأ الا ان
أبا حنيفة قال لا يضمن الطائر من فتح قفصه فطار وعليه غرم المثل في
المكيل والمعدود والموزون وغرم القيمة يوم الاتلاف فيما سوى ذلك
﴿فرعان أولهما﴾ اذا خيف على المركب الغرق جاز طرح ما فيه من المتاع
اذن ربه أو لم يأذن اذا رجي بذلك نجاة وكان المطروح بين الراكبين على قدر
اموالهم ولا غرم على من طرحه ﴿الفرع الثاني﴾ اذا اصطدم مركبان

في

فى جريهما فان كسر أحدهما فلا ضمان فى ذلك النوع الرابع الافساد وهو على قسمين أحدهما ان يذهب المنفعة المقصودة من الشئ كمن قطع يد عبد أو رجل دابة فيخير صاحبه بين ان يأخذ قيمة مانقصه ذلك الفساد أو يسلمه للفسد ويأخذ قيمته منه كاملة والآخر ان يكون الفساد يسيرا فيصلحه من أفسده ويأخذ صاحبه قيمة مانقص كثقب الثوب وقطع ذنب الدابة الا ان تكون لركوب ذوى الهيآت فقطع ذنبها كتعطيل منفعتها (بيان) وهذا كله اذا تعمده انسان مكلف فان كان غير بالغ فيحكم عليه فى التعدى فى الاموال بحكم البالغ ان كان يعقل فيغرم ماأتلفه ان كان له مال وان لم يكن له مال اتبع به (وأما حكم الصبى) الذى لا يعقل فكالعجماء جرحها جبار فلاشئ عليه فيما أتلفه من نفس أو مال وقيل المال هدر والدية على العاقلة كالمجنون وقيل المال فى ماله والدم على عاقلته ان بلغ الثلث (وأما ماأفسدته الدواب) فان كان لها راكب أوسائق أوقائد فهو ضامن لما تفسد من النفوس والاموال (وأماما أفسدت المواشى) من الزروع والاشجار فان كان بالليل فضمانه على أرباب المواشى وان كان بالنهار فلا ضمان عليهم الا ان فرطوا فى حفظها ولم يمنعوها من الزرع والضمان فى ذلك على الراعى لا على صاحب الماشية وماأتلفت المواشى سوى الزرع والثمار من النفوس والاموال فلاشئ فيه (الامر الثانى فى التعدى فى الفروج) فمن اغتصب امرأة فزنى بها فعليه حد الزنا وان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه مانقص من ثمنها بكرا كانت أو ثيبا واليه أشار بقوله

وواطئ لحرة مغتصبا * صداق مثلها عليه وجبا
ان ثبت الوطء ولو ببينه * بانه غاب عليها معلنه
وقيمة النقص عليه فى الامه * بها سوى بكر وغير مسلمه

ولا يلحق به الولد فى الامة التى اغتصبها أو زنى بها كما قال

والولد استرق حيث علما * والحد مع ذاك عليه فيهما

بل الولد يكون عبد السيد وهذا كله اذا ثبت الوطء ولو بالصورة التي في البيت الثاني وقال أبو حنيفة لا صداق على المستكره في الزنا وأما بالنسبة الى الحد فلا بد من اعترافه أو بمعاينة أربعة شهود أو ادعت عليه ذلك مع قيام البينة على غيبته عليها فالظاهر ان أنكر الوطء انه لا يحد وقيل يحد فان ادعت عليه انه استكرهها فغاب عليها ووطئها وأنكر هو ولم تكن لها بينة فلا يجب عليه حد الزنا وانما النظر هل تجب عليه يمين على نفي دعواها وهل لها عليه صداق وهل تحد هي حد القذف أو حد الزنا ففي ذلك تفصيل وذلك لا يخلو اما أن تدعي على رجل صالح أو طالح يتهم بذلك أو مجهول الحال فان ادعت ذلك على رجل صالح لم تجب عليه يمين ولا صداق ووجب عليها حد القذف (واما) حد الزنا لاعترافها على نفسها فان كانت قد جاءت مستغيثة متعلقة به وقد فضحت نفسها وهي تدمى ان كانت بكرا اسقط عنها حد الزنا وان جاءت على غير ذلك حدت حد الزنا (واما) ان ادعت بذلك على رجل يتهم بذلك فليس عليها حد قذف ولا زنا ويجب على الرجل اليمين فان حلف برئ وان نكل عن اليمين حلفت المرأة واستحقت صداقها عليه بعد ان يسجن ليكشف عن أمره (وان) ادعت ذلك على من كان مجهول الحال استحلف فان نكل عن اليمين حلفت هي وأخذت صداقها * تتمات * الغصب والتعدي بتعريف آخر الغصب أخذ مال الغير قهرا تعديا بلا حرابة كما قال خليل كما تقدم وقال ابن عرفة أخذ مال غير منفعة ظلما قهرا لا لخوف قتال اهـ فخرج بغير منفعة التعدي كما سيأتي وبظلما وتعديا أخذ الجزية والسيد مال عبده ومن قدر على تخليص عين شيئه وبقهرا السرقة والخيانة وبلا حرابة أخصر من لا لخوف قتال اهـ قال في البهجة فلو زاد بعد قوله مال غير منفعة وأبدل قوله بلا حرابة بقوله بلا خوف فقال يعني التاودي كما فعل ابن عرفة لسلم من الاعتراض اهـ * تنبيه * اذا تنازع الغاصب

والمغصوب منه بعد فوات المغصوب فى الصفة أو فى دعوى التلف فالقول للغاصب كما قال

والقول للغاصب فى دعوى التلف * وقدر مغصوب وما به اتصف

قال أشهب يصدق الغاصب ولو أتى بما لا يشبه وقال اللخمى اذا أنكر الغاصب الغصب وشهدت البينة باعترافه أو بمعاينة غصبه فالقول للمغصوب منه ان صفته كذا و يستحق قيمة وصفه وقيل ليس له بعد يمينه الا الوسط والاول أصوب قال فى البهجة وهو الذى يجب اعتماده لان الغاصب لا يقبل وصفه بعد تبين كذبه بجحده ﴿تنبيهات الاول﴾ ماذكروه من ان القول للغاصب الى آخر ما تقدم هو المشهور لكن عمل فاس على خلافه قال ناظمه

لولد القتيل مع يمين * القول فى الدعوى بلا تبيين
ان ادعى دراهما وأنكرا * القاتلون ما ادعاه وطرا

قال الناظم فى شرحه له هذه المسئلة مما جرى بها العمل وهو ان والد القتيل اذا ادعى دراهم من جملة المنهوب وأنكرها القاتلون فالقول قول والد القتيل ثم نقل عن ابن النعيم بان الظالم أحق ان يحمل عليه وان كان المشهور خلافه وكم من مسئلة تجرى الحكم فيها بخلاف المشهور ورجحه العلماء للمصالح العامة اه قال سيدى العربى الفاسى ماذكره ابن النعيم شاهدنا الحكم به عام قدوم الخليفة أبى العباس المنصور حضرة فاس وقد انحشر الناس الى الشكوى بالمظالم وكان يحضر مجالسه أى مجلس الخليفة للحكم فيها علماء فاس كشيخنا المذكور وشيخنا المفتى سيدى محمد القصار وشيخنا سيدى على بن عمران وعلماء مراكش وقاضى مراكش وقاضى شفشاون سيدى محمد بن عرضون رحمهم الله فكان الحكم يصدر على الوجه المذكور قال والعام المذكور عام أحد عشر وألف (قال مقيد هذه الرسالة) سيدى محمد بن عرضون هو جد جدى للام وقال الرعينى فى كتاب

الغصب مانصه قال مالك فيمن دخل عليه السراق فسرقوا متاعه وانتهبوا
ماله وأرادوا قتله فنازعهم وحاربهم ثم ادعى انه عرفهم أولم يعرفهم أهو
مصدق عليهم اذا كانوا من أهل السرقة مستحلين لها قال وهو مصدق
وقد نزلت مثل هذه بالمدينة المنورة فى زمن عمر رضى الله عنه فى رجل
دخل عليه السراق فانتهبوا ماله وجرحوه فلما أصبح حمل الى عمر رضى الله
عنه فقال انما فعل بى هذا فلان وفلان وقد انتهبوا مالى فأغرمهم عمر رضى
الله عنه بقوله ونكلهم ولم يكلفه البينة عليهم اه باللفظ ونقله ابن
فرحون وغيره ونحوه ورد عن يحيى بن يحيى راوى المدونة والموطا وبمثله أفتى
الحفار حسبما فى نوازل البيوع من المعيار قائلا قال الفقهاء من عرف
بالتعدى والظلم يغلب الحكم عليه وفى حقه فمن ادعى على من بمثل هذه
الحالة فيحلف الطالب ويستحق ماطلب وروراه أشهب عن مالك فى المرأة
تدعى على المشتهر بالفسق انه اغتصبها وتأتى متعلقة به فانه يجب لها عليه
صداق المثل وبه صدر ابن رشد فى المقدمات والتصدير من علامات التشهير
ولاسيما وهو قول الامام الاعظم ومعلوم تقديمه على قول ابن القاسم
وسيأتى ذلك عند نقل قول التحفة *وفى وجوب المهر خلف معتبر*
ان شاء الله ولا فرق بين الفروج والاموال ولان دعوى الفروج ههنا آيلة
الى المال وعليه فناظم العمل انما عنى بنظمه هذا الفقه وان المعروف بالظلم
والتعدى يقضى عليه بمجرد دعوى المدعى انه غصبه أوسرقه وان المغصوب
قدره كذا وقد اعتمد المكناسى فى مجالسه هذا الفقه وكذا القرافى فقول
ناظم العمل لولد القتيل الخ يعنى انه اذا ادعى عليهم انهم قتلوه ونهبوا ماله
ومن جملة المنهوب دراهم قدرها كذا ولا يريد خصوص انهم أقروا بالقتل
أوثبت بالبينة كما هى مسئلة الصرة المذكورة فى العتبية وفهم من قوله
اذا ادعى دراهم الخ انه اذا ادعى ذلك تحقيقا وانه يعمل به فى المال فقط لافى
القتل فان المدعى عليه لايقتل بمجرد الدعوى لخطر الدماء وشرفها واما

الدعوى بما يرجع للمال كالمال والمدعى عليه بالقتل لا يقتل ولكن يضرب ويطال سجنه حتى تأتى عليه السنون الكثيرة وفهم من قوله فى هذه النازلة وشبهها ومن قوله ان الظالم أحق ان يحمل عليه ومن قوله رجحها العلماء للصالح ومن قوله وقد انحشر الناس للشكوى بالمظالم الى غير ذلك انه لا مفهوم لقتيل ولا للدراهم بل كذلك لو كانت الدعوى بالدراهم والقتل أو بالدراهم فقط أو بالحيوان أو العروض أو غير ذلك وانما المدار على كون الدعوى على معروف بالتعدى والظلم كقبائل الزمان وبواديه فان جلهم وغالبهم معروف بالتهمة والفساد والحمل على الغالب واجب وقد قال الشيخ ميارة فى بعض فتاويه قد آل بنا الحال الى ان يتبع المسافرين بعض مردة أهل البلد ونحوها مما قرب من البلد فيسفكون دماءهم وينهبون أموالهم ويرجعون الى البلد بالامتعة فلا ينتقم منهم ولا يستفتى عن حكمهم بل والى ماهو أعظم من هذا من القتل صبرا ونهب الاموال من الدور والحوانيت ثم يكتسب فاعل ذلك التعظيم والاحترام فضلا عن عدم النكير عليه والضرب على يده مع نكاله واذا كان مثل هذا يقع فى حضرة فاس كما حكاه وكما هو مشاهد الآن فى وقتنا هذا فكيف بالبوادى وقبائل الزمان حتى صار قاتل النفس لا يضرب فضلا عن القصاص والسارق لا يسجن فضلا عن قطعه بل كل منهما يعظم ويحترم ولا يشهد عليه أحد ولهذا جرى العمل باغرامهم بمجرد الدعوى زجرا لهم ولا مثالهم اهـ بنقل صاحب البهجة ثم قال وعليه فلا يحتاج الى اثبات التلصص باقرار ولا معاينة بل بمجرد كونهم ممايشار اليهم بالتعدى والظلم يجب اغرامهم للمصلحة العامة كما مر عن الرعينى وغيره وكلام ابن رحال فى شرحه صريح فى ان العمل به وعليه فما قاله سيدى محمد بن قاسم فى شرح العمل المذكور من انه لا بد من ثبوت التلصص بالاقرار أو المعاينة كما هى مسئلة الصرة لا يعول عليه ولا يلتفت الى شئ منه لمخالفته لما نقل عن الرعينى وغيره

شاهد النظم العمل المذكور وما نقله عن أبي الحسن الزرويلي وابن هلال من ان مالا يرعيني خلاف الاصول الخ لا يقدح في العمل المذكور لان ما قاله من مخالفة الاصول اغا هو اذا روعى المشهور وهم يعني الفقهاء قد قالوا ان هذا العمل مخالف للمشهور فهم معترفون بمخالفته للاصول بقطع النظر عما تقدم عن ابن رشد وغيره لكن ارتكبوه للمصلحة من عدم ضياع الحقوق بل ان من الاصول ان العلة تدور مع المعلول فاذا كان الاصل عدم التعدى والظلم وغلبا في زمان فان الغالب يقدم على الاصل ولم تأت الشرائع الا بمراعاة المصالح ودرء المفاسد لانه لما كثر منهما في هذا الزمان يجب اجراء الاحكام على مقتضاه وحملوا الناس عليه ولئلا تضيع الحقوق حكما للغالب وأخذا من قوله تعالى وأمر بالعرف أي احكم به ولذا قال أبو الحسن في أجوبته في مسئلة من رفع شخصا الى الحاكم الجائر فأغرمه الحاكم مالا لا يجب عليه غرمه بعد ان حكى في المسئلة قولين ما نصه وهذا وقد كان الحاكم يحكم بحق تارة وبباطل أخرى وأما الآن فالحاكم لا يحكم الا بالباطل فلا ينبغي أن يختلف في انه يغرم ما خسره فيه اهـ وسلمه ابن هلال في الدر النثير فأنت تراه حمل الحكام على الظلم والتعدى حيث غلب منهم ذلك وأوجب على الشاكي الغرامة بمجرد قول المدعي ان الحاكم قبض مني وقدر المقبوض كذا وان كان الاصل عدم العداء ونحوه عن سيدي مصباح في التنبيه الرابع حيث قال اذا تقرر العرف في ولاة الظلم وأجنادهم بغرم المال ممن أخذه ظلما كان القول للمأخوذ منه فيما غرم من المال لان العرف شاهد لمدعيه ويقوم مقام الشاهد الناطق ويأتي نحوه في التنبيه الخامس الخ وقبائل الزمان ومردة حواضرهم كذلك لما كثر منهم التعدي وغلب كان القول للمنهوب والمغصوب انه غصبه وان قدر المغصوب كذا كما رأيته لكن فيما يشبه ان يملكه فقط كما قالوه في مذهب الصرة واذا علم هذا فما جرى به العمل حدث بعد زمان أبي الحسن وابن

هلال كما تقدم ولو كانت القبائل والناس فى زمانهما على ماهم عليه وقت جريان العمل المذكور ماوسعهما أن يقولا بمخالفته للاصول لاعترافهما بان الحكم للغالب وانما أطلنا فى هذه المسئلة الكلام لاجل استبعاد كثير من الاجلة ماجرى به العمل لضعف مداركهم ومستندما حلوه أجلة علماء المغرب وغيرهم على خصوص مسئلة الصرة المذكورة فى العتبية وهى ان رجلا اختطف صرة بمعاينة البينة وغاب عليها ولم يعرف مافيها فالمشهور ان القول للغاصب فى قدرها ومع ذلك قال مالك رحمه الله ومطرف ان القول للمنهوب منه فى قدرها ولكن ليست مخصوصة بالعمل المتقدم خلافا للرهونى فى حاشيته فلا تعتمد عليه لان تخصيص العمل بها بعيد من الانقال المتقدمة ولاسيما والتعليل بالمصلحة العامة يؤيده لانه اتفقت الشرائع والعقول على جلب المصالح ودرء المفاسد بما أمكن كيف والعدل الجليل عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه يقول تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور وأى فجور أعظم من قتل النفوس ونهب الاموال واستباحة الاعراض واذا علم هذا فالعمل الجارى بما تقرر متعين بالاولى والاحرى سيما وقد ثبت التلصص وشاع وذاع فى هذا الزمان وقبله بازمان فان اللص والسارق اذا ظفر الحاكم بهما أغرمهما وسرحهما فهو فى الحقيقة رئيسهما واذا تقرر هذا فيجب على الامام ان يتفقد أحوال هؤلاء المجرمين فان غفل أو تغافل عنهم فليتحقق انه ساع فى خراب ملكه بيده لان الظلم عاقبته الخراب والعدل أساس الملك والدين لما ورد من ان الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن وقال تعالى وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون ولان من سر سريرة ألبسه الله رداءها فالظالم أبدا مفضوح لمن له أدنى بصيرة والا فكيف يثبت التعدى بالبينة وأصحابه لا يقصدون الا الخلوات فينبغى مع اللوث ولو بالسماع ان تحقق عليهم دعاوى الاموال و يخلدون فى السجون تحت الاثقال حتى تمضى السنون الطوال هذا اذا

ظفر الحاكم بهم وان لم يظفر بهم بل بأقاربهم وعشائرهم ممن يحميهم ولو بجاهه فانه يغرم ما أخذه اللص أو السارق أو انتهبا به كما أشار اليه خ في الحرابة بقوله وبالقتيل يجب قتله ولو باعانة قال الزرقاني أي على القتل ولو بالتقوي بجاهه وان لم يأمر بقتل ولا تسبب فيه لان جاهه أعانه عليه حكما ككونه من فئة يتحاز اليهم قطاع الطريق فيقتل الجميع لانهم متمالئون اه بخ ونحوه في ابن الحاج والشامل واذا كان المعين بجاهه والانحياز اليه مؤاخذا بالقتل فهو مؤاخذ بما انتهبوه بالاحرى وقبائل الزمان وحكامهم معلوم ما هم عليه من حمايتهم لتلاصيصهم وغاصبيهم بالفعل فضلا عن حمايتهم بالجاه والانحياز فلا اشكال ان غير المباشر منهم كالمباشر في فعله ومؤاخذ به ولو لم يظهر منه تسبب لانه لا أقل من ان يكون حاميا للمباشر بجاهه أو ايوائه اليه بل لو لم يكن حماية أصلا لا بالجاه ولا بالايواء والانحياز ولا بغير ذلك لكان اغرامهم لما اتهم به سراقهم وغصابهم أمرا شرعيا كما قال ناظم العمل رحمه الله

ولا يؤاخذ بذنب الغير * في كل شرع من قديم الدهر
الا اذا سدت به الذريعه * أو خيف شرع شرعة شنيعه

والشاهد في قوله الا اذا سدت به الذريعة الخ لانهم اذا غرموا حملهم ذلك على حفظ طرقاتهم وحفظ المارين بأرضهم وعدم كتمان غصابهم وسراقهم فضلا عن التعصب عليهم وقد بسط شيخ مشايخنا العارف بالله سيدي محمد الحراق قدس روحه والعلامة صاحب البهجة سيدي على التسولي الكلام على هذا الموضوع في رسالتيهما الاسئلة سألهما المرحوم الحاج عبد القادر محيي الدين فمن وقف عليهما رأى العجب العجاب من الدلائل على ما نقلناه هنا * ولقد سلك هذا المنهاج سلطان وقتنا في مغربنا الامام المحسان مولاي الحسن أبقاه الله أصدر أمره بان من بات بناحية وسرق بليل أو نهب بنهار يذهب الى حاكم تلك الناحية ويحلف لقد سرق أو نهب منه كذا ويقبض ماله

من المباشر المتصرف فى تلك الناحية والمباشر والمتصرف يلزمان أهل التربة التى وقعت الواقعة فيها فقل التشكى وكاد أن يقطع (واذا علم هذا) فالنظر فى الجرائم ليس من وظيفة القاضى بل هى وظيفة المتصرف وناظر المظالم وقد قال القرافى يمتاز نظر والى الجرائم من نظر القاضى بامور (منها) ان والى الجرائم يسمع الدعوى على المتهوم ويبالغ فى كشفه بخلاف القاضى (ومنها) ان يجعل بحبس المتهوم للكشف وقد ورد ان النبى صلى الله عليه وسلم وجد فى بعض غزواته رجلا فاتهمه بانه جاسوس فعاقبه حتى أقر (ومنها) انه يضرب المتهوم مع قوة التهمة (ومنها) انه يتوعد المجرم بالقتل بخلاف القضاة فليس لهم ذلك اه بخ ونقله ابن فرحون فى تبصرته وزاد ان لقضاة المالكية فعل ذلك ﴿قلت﴾ اذا تقرر هذا فيجب على والى امور المسلمين اذا أراد أن يولى قاضيا وظهر له فيه أهلية الولاية ان يزيد فى كتاب توليته وأمرناه أن يتولى النظر فى المظالم حسبما يقتضيه الشرع الربانى والناموس الانسانى حتى تكون الرعية مأمونة فتغرس أشجار المحبة فى أفئدتها وتتسع نطاق المملكة ومن الدلائل على ماقلناه قول التحفة

وان يكن مطالبا من يتهم * فمالك بالضرب والسجن حكم

وقال فى التبصرة أيضا كان مالك يقول فى هؤلاء الذين عرفوا بالفساد والجرم ان الضرب قل ماينكلهم ولكن أرى أن يحبسهم السلطان فى السجون ويثقلهم بالحديد ولا يخرجهم منه أبدا فذلك خير لهم ولاهليهم وللمسلمين حتى تظهر توبة أحدهم ويثبت ذلك عند السلطان فاذا صلح وظهرت توبته أطلقه اه من النوادر فهذه النصوص متواترة بكشف المتهوم واحدا كان أو جماعة من القبائل أو غيرهم ومع ذلك يضمنون لما اتهموا به كامر ولانه من المصلحة العامة ومن باب سد الذرائع الذى هو أصل من اصول المذهب فكيف يقول الشيخ الرهونى انه مخالف للاصول واذا تقرر هذا فارسال المتهوم الى القاضى ليحكم عليه بالاعذارات والطعن فى

البينات الشاهدة عليه هو من زيادة الفساد فى الارض قطعا واهمال سد
الذرائع ليس بالامر الهين اذ فيه اعانة الظالم على ظلمه لان غاية ما يفعله
القاضى ان يكلف المنهوب بالبينة وأين هى اذ لو كانت ما تمكن ان يسرق
أو ينهب أو يغصب وعلى فرض الوجود فلا تكون الامن أهل ذلك البلد
وهم على ماهم عليه من الحمية والعصبية وقوة التهمة بالتعدى والفساد
فكيف يشهدون مع كونه نهب بارضهم بل من شهد منهم عاقبوه وخشى
على نفسه لانهم مكتسبون بغصبهم التعظيم والاحترام ولقد سمع كاتبه يوما
ممن يظن به الخير انه قال ما انقطع سفهاء قوم الاذلوا ومن أجل اهمال هذا
الباب غلب الظلم وكثر الفساد وسفكت دماء وغصبت أموال يعلمها الكبير
المتعال حتى ان المسافر ينهب ماله أو يسفك دمه فيرسله العامل للقضاة
فيستبشر المدعى عليه الداعر لعلمه ان القاضى غاية ما وجب عليه اليمين
فلو كان يحترم اليمين ما فعل الافعال الخبيثة وقد تقدم لنا ان القاضى
تستحسن فى حقه الجزالة فى العلم والفهم كما كان اياس رحمه الله بل الواجب
على القاضى الموصوف ان يبالغ فى الكشف فان لم يصل الى هذه المرتبة
فليستفت العلماء الذين لهم درجة الاستفتاء لا الجهلة الذين ينظرون
الاوراق ويعتمدون من النصوص مالا يوافق ما يزجر هؤلاء الفساق فان لم
يكن القاضى بهذه المثابة فلا يرسلهم العامل اليه بل يستكشف أحوالهم
بالضرب الوجيع والحديد الثقيل والاغرام على ما مر وقبائل الزمان كلهم
محمولون على التهمة والتعدى والغصوبات وسفك الدماء وكذلك غيرهم من
مردة الحواضر وقرائن أحوالهم شاهدة عليهم لكونهم لا يشتغلون بما
يشتغل به أمثالهم من أمر المعاش ومع ذلك تراهم يلبسون أجمل لباس
جنسهم الى غير ذلك من القرائن التى لا تكاد تخفى ولهذا جرى عمل مغربنا
بالاغرام لهم لان الحمل على الغالب واجب والمراد اغرام الحق لاربابه
الطالبين له وأما ما يفعله جهال الاعمال بل أعظم الصوال من أخذهم

اموالا

أموالا من السراق والغصاب ولا يدفعون للطالب شيأ مما يدعيه فهو خرق للكتاب والسنة والاجماع قال تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الى قوله ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا الخ (وأما اذا كان) الانسان مشهورا بعدم التعدي وعدم أكل أموال الناس فرفعه شخص لجائر من الاجمال يتجاوز فيه الحد ويغرمه مالا يجب عليه فالذي به العمل بغربنا ان الشاكي يغرم للمشكو به ما غرم كما في المواق عن ابن لب ونحوه في المعيار عن العبدوسي وعليه فاذا ثبت الدفع للظالم وقدر ما دفعه ببينة أو اقرار الشاكي فلا كلام وان لم يثبت ذلك وادعى المشكو به انه دفع كذا وخالفه الشاكي فالقول للمشكو به كما في معاوضات المعيار عن سيدي مصباح قائلا اذا تقرر العرف ان المشكو به في انه يدفع مالا للظالم وفي قدره يأخذه بيمينه لان العرف كشاهد لمدعيه ويجب رجوعه على الظالم ان قدر عليه وان لم يقدر ففيه خلاف والذي عليه الفتوى وعليه العمل رجوعه على الشاكي وبمثله أفتى الفقيه الجنوي وغيره وهذه المسئلة حكى خليل فيها أقوالا حيث قال وهل يضمن شاكيه لمغرم زائدا الخ ﴿قلت﴾ وينخرط في غط هذا السلك المعينون للظلمة في توظيفهم على العامة مالا يلزمهم لان اغرامهم برفع الظلم ثم هذا كله اذا كان الشاكي أو الموظف ظالما كما هو الموضوع وأما ان كان الشاكي مظلوما ولا يصل الى حقه الا بالشكوى للظالم الجائر فلا شيء عليه وكذلك الموظف ان كان لا يوظف الا ما أمر به الحاكم فلا شيء عليه أيضا الا انك علمت ان العلة تدور مع المعلول والحكام اليوم محمولون على الجور كما مر عن أبي الحسن ﴿مسئلة﴾ قيل لابن سحنون فيم يعرف السارق المشهور وغير المشهور فقال اختلف العلماء فيه فقيل اذا كثر طلابه بالسرقة وقويت فيه التهمة فهو مشهور قال فكل من ادعى بالسرقة على السارق المشهور ربما يحلف على شيئين انه ضاع وتلف له ما ادعاه على السارق ويحلف أيضا لقد اتهمه ويغرم السارق

بغير بينة لان اشهاره بالسرقة هو شاهد عرفي أقوى من البينة الناطقة قال
ويقوم عليه قيمته مغلظة لانه أحق بالحمل عليه اهـ من الدر المكنون يعني
والغاصب المشهور بالغصب مثل السارق المذكور وسيأتي في السرقة ان
سراق الزمان كلهم لصوص تجري عليهم أحكام الحرابة القطع أو الصلب
أو النفي كما نطق به القرآن الكريم ويثبت ذلك ولو بالسماع الفاشي وذكر
في الدرر المكنونة في نوازل مازونة عن سحنون انه قال تجوز على السارق
شهادة الصبيان والنساء والرعاة اذا عرفوه وقالوا فلان رأيناه سرق دابة
فلان وتجوز عليهم شهادة السيارة عدولا كانوا أو غير عدول وليس قول
من قال لا يجوز عليهم الا العدول بشيء عندنا (وقد سئل) مالك عن مثل هذا
الامر في لصوص أهل الحجاز وبرابر برقة فقال تجوز عليهم شهادة من
لقيهم من الناس فقيل له انهم غير عدول قال وأين يوجد العدول على مواضع
السارق واللص وانما يتبع اللص والسارق الخلوات التي ليس فيها العدول
وتقدم قول خليل وقبل للضرورة غير عدول وان مشركين وقاله محمد بن
سحنون اهـ ونحوه في تنبيه الغافل قائلا تقبل شهادة غير العدول على
السارق سواء كان الشاهد رجلا أو امرأة ولو لم يغرم السارق واللص الا
بشهادة العدول لم يغرم السارق أبدا ثم قال لو شهد عليه واحد يحلف
صاحب المتاع معه ويستحق قال وان كان معروفا بالسرقة فلا يمين عليه
وكل موضع لا يمكن فيه حضور العدول فالشهادة على التوسم بظاهر
الاسلام جائزة احتياطا لاموال الناس بل ودمائهم كما قال في التحفة

ومالك فيما رواه أشهب * قسامة بغير عدل يوجب

فهذا شاهد لذلك وشاهد لما تقدم من العمل المذكور اذ شهادة غير العدول
كالعدم في نظر الشرع ولكنهم اعتبروها في هذا المحل احتياطا للدماء
والاموال وبهذا يعلم ان اعتراض الشيخ مصطفى الرماصي في أوائل
الشهادات من حاشيته على ما تقدم عن المازونية ونوازل ابن سحنون قائلا

ذلك

ذلك كله خلاف المشهور فلا يعوّل عليه. لان اعتراضه مبني على المشهور وكلامنا الآن في المعمول به وأيضا فهو بنفسه نقل عن الذخيرة وغيرها انا اذا لم نجد في جهة الا غير العدول فانا نجوز شهادة أقلهم فجورا والامثل فالامثل لئلا تضيع المصالح والحقوق وقال وما أظن أحدا يخالفه فان التكاليف شرطها الامكان الخ ولا شك ان مواطن الخلوات التي يقصدها الغصاب والسراق لا يوجد فيها في الغالب الا من ذكر من الرعاة ونحوهم فهم أمثل من وجد في تلك المواطن فتجوز شهادتهم للضرورة لئلا تضيع الحقوق كما جازت شهادة الامثل غير العدول لذلك وعليه فما مر عن المازونية وغيرها جار على المشهور وانما يعتبر الامثل اذا وجد مع غيره والا لم يعتبر اذ التكاليف شرطها الامكان كما مر ومن قال ذلك انما قاله لعدم امكان العدول في تلك المواطن كما رأيته ومراعاة للاحتياط على أموال الناس كما تقدم عن تنبيه الغافل فلا يصح الاعتراض عليهم والقائلون بالعمل المذكور انما بنوه على مراعاة تلك المصالح والضرورات ومراعاة العرف في زمانهم كما مر وأوان بالفساد تنزل منزلة التحقيق وان ارتكاب المشهور في الزمان الذي غلب على أهله الفساد يفضي الى سفك الدماء وغصب الاموال كما هو مشاهد بالعيان وقول الشيخ عبد القادر الفاسي في بعض فتاويه ان نوازل ابن سحنون مطعون فيها ان كان يريد في جميعها فلا سبيل اليه وان كان يريد في بعضها فصحيح وكل كتاب لا يخلو من ارتكابه غير المشهور في بعض مسائله كما تقدم من ان العلة تدور مع المعلول ويرى الحاضر ما لا يراه الغائب والله الموفق لما فيه صلاح العالم بجاه النبي عليه الصلاة والسلام ﴿تنبيه﴾ المشتري من الغاصب والوارث له بل والواصل اليه المغصوب باي وجه كان ان علموا بالغصب كالغاصب كما قال خليل ووارثه وواهبه ان علما كهو ﴿تنبيه ثان﴾ اذا تلف المغصوب فغرم الغاصب قيمته ثم وجده فانه يكون له لا لربه ﴿قلت﴾ هذا اذا لم يتبين ان التلف كان

حيلة على تفويت عينه على ربه والا فيرجع الى ربه ويرد القيمة ان رضى بذلك ﴿تنبيه آخر﴾ وكذا الراعى والصانع والمستعير وغيرهم هذا تلخيص ما حررناه من البهجة والتبصرة وغيرهما والله الموفق للصلاح والاصلاح

﴿الباب العاشر فى الاستحقاق وما يتعلق به﴾

قال ابن عرفة هو رفع ملك شئ بثبوت ملك قبله او حرية كذلك بغير عوض فقوله بغير عوض أخرج به ما وجد فى المغانم بعد بيعه أو قسمه فانه يؤخذ بعوض وحكمه الوجوب فى الربع بناء على انه لا يمين فيه كما قال ولا يمين فى أصول ما استحق الخ والا فمباح لان الحلف مشقة قاله ابن رشد وقبله الحطاب وغيره قال التاودى ولم يظهر لى وجه للوجوب والظاهر انه مباح اه وقال فى القوانين هو ان يكون الشئ بيد شخص ثم يظهر انه حق شخص آخر بما تثبت به الحقوق شرعا من اعتراف أو شاهدين عدلين أو شاهد ويمين أو غير ذلك فيقضى له به ثم انه لا يخلو أن يكون الشئ المستحق من يده قد صار له بغصب وقد تقدمت أحكامه فى الباب قبله أو بشبهة ملك كالشراء والارث وغير ذلك فهذا المستحق بالخيار بين أن يأخذه بعينه أو يجيز البيع ويترك الشئ بيد مشتريه ويتبع البائع بالثمن وليس حكمه حكم الغصب بل يخالفه فى مسائل (فمنها) ان المستحق منه لا يرد الغلة التى استفادها لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ولا يعطى كراء (ومنها) انه ان كان قد زرع الارض فليس لمستحقها قلع الزرع فان كان الاستحقاق فى ابان الزراعة فله الكراء وان كان بعد ابان الزراعة فلا كراء له (ومنها) انه ان كان قد بنى فيها فليس للمستحق هدم البناء بل يقال للمستحق تعطيه قيمة بنائه قائما لا منقوضا فان أبى قيل للآخر اعطه قيمة أرضه دون بنيان فان أبى كانا شريكين هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة بنائه (ومنها) انها ان كانت الامة ووطئها فلا حد عليه وحيث انتفى الحد الحق الولد الا فيما استثنى ليس هذا منها ولا يأخذ المستحق الولد باتفاق ولكن اختلف هل يأخذ قيمته

ويقوم

ويقوم عبدا أم لا (ومنها) ان كان الشئ المستحق قد صار للمستحق منه بشراء فله أن يرجع بالثمن على الذى ابتاعه منه فان كان البائع فى بلد آخر وأراد المستحق من يده أن يحمل الشئ المستحق من يده الى بلد البائع ليرجع عليه بثمنه فيحط قيمة المستحق عند أمين و يذهب به (بيان) المدعى استحقاق شئ من الاشياء يكلف البينة على دعواه ولا يكلف الحائز ببيان السبب الذى تملكه به بل يكفيه قوله مالى وملكى كما أشار اليه فى التحفة بقوله

المدعى استحقاق شئ يلزم * بينة مثبتة ما يزعم

من غير تكليف لمن تملكه * من قبل ذا باى وجه ملكه

والبينة تقوم على غير الشئ المستحق فان المدعى يكلف بوضع قيمة ما يدعيه ثم يذهب به لاقامة البينة على عينه وصفة الشهادة ان يقول الشهود نعلم ان هذا الشئ ملك افلان ومال من أمواله لا يعلمونه باعه ولا فوته ولا فوت عليه ولا خرج عن ملكه الى الآن أو الى ان وجده فى يد فلان و يؤدون على عينه ان أمكن فان كانت دارا أو نحوها بعث القاضى من يحوزها عدلين من طرفه يشهدان على الشهود ان الشئ الذى شهدوا به هو هذا لا غيره فان توافق الخصمان على الحدود فلا يحتاج الى تحويز كما قال فى التحفة

وناب عن حيازة الشهود * توافق الخصمين فى الحدود

فان ثبت هذا الثبوت والبينة عند القاضى أعذر للمستحق من يده بقوله أبقيت لك حجة فان اعترف بالعجز وادعى الرجوع على بائعه فان كان فى البلد فالامر ظاهر بان يرفعه الى الحاكم و يسلم اليه عقد الاستحقاق و يأخذ منه ثمن المستحق و يمضى و يتولى المخاصمة المرجوع اليه وهو البائع مع المستحق وهو المشار اليه بقوله فى التحفة

وحيثما يقول مالى مدفع * هو على من باع فيه يرجع

وان ادعى المستحق من يده ان يتولى الخصام مع المستحق فيعذر اليه كما قال

وان يكن له مقال أجلا * فان أتى بما يفيد اعملا

وبقي على ملكه ﴿تنبيهان الاول﴾ هل يتسلسل الذهاب فيذهب البائع الاول بها الى بائعه أيضا وهلم جرا كما في مقدمات ابن رشد أو الذهاب بها مخصوص بالاول وأما غيره فيرجع بالاسم والصفة وهو الذي في المعيار والمفيد قال الحميدي وبه العمل لكن محل الخلاف اذا أراد الرجوع بالثمن وأما اذا أراد الذهاب بها ليثبت انها ملك للبائع المرجوع اليه فانه يمكن من ذلك الثاني والثالث والرابع وهلم جرا لان الاثبات لا يكون الا على عينها قاله الشدادي في حواشي اللامية ونحوه عن ابن رحال في فصل التوقيف واليه أشار في التحفة

وماله عين عليها يشهد * من حيوان أو عروض توجد

واذا أراد المستحق الذهاب بها ليقيم البينة على عينها فقد تقدم ان العمل على انه يحط القيمة و يذهب بها ﴿الثاني﴾ قال سيدي عبد القادر الفاسي اذا اختار المستحق من يده عدم الخصام فان الخصومة ترجع بين البائع له والمستحق فاذا خاصم البائع المستحق وغلبه كان الشئ للبائع لا للمستحق من يده لانه قد أسلم المستحق وانفسخ البيع ثم ان ماعدا الاصول بمجرد دعوى الاستحقاق يحال بينها وبين الحائز كما تقدمت الاشارة اليه وأما الاصول فلا توقف بمجرد الدعوى لشرفها كما قال

والاصل لا توقيف فيه الا * مع شبهة قوية تجلى

﴿تنبيه﴾ يجوز ان يشهد عدلان بملكية الشئ المستحق وبالحيازة له غيرهم كما أفاده بقوله

وجاز ان يثبت ملك شهدا * وبالحيازة سواهم شهدا
ان كان ذا تسمية معروفه * ونسبة مشهورة مألوفه

﴿تنبيه آخر﴾ اذا استحق البعض من دار وغيرها (وحاصله) ان المستحق بعضه اما مثلي أو مقوم والمقوم اما ان يستحق منه بعض معين أو شائع والشائع اما ان يكون فيما يقبل القسمة أولا يقبلها وفي كل من الاقسام

الأربعة اما ان يكون البعض قليلا أو كثيرا ففي المثلي ان كان المستحق قليلا رجع بحصته من الثمن ولا رد له على بائعه وان كان كثيرا خير في الرد والتمسك بالباقي بما ينوبه من الثمن واليه أشار بقوله

ومشتري المثلي مهما يستحق * معظم ما اشترى فالتخيير حق

والمعظم ما جاوز الثلث ويكون تخييره في الاخذ للباقي من المبيع بقسطه من الثمن أو الرد لجميعه كما قال

في الاخذ للباقي من المبيع * بقسطه والرد للجميع

وأما ان استحق اليسير فيرجع على البائع بقيمته ولا خيار له كما يفيده قوله

وان يكن منه اليسير ما استحق * يلزمه الباقي بما له يحق

وهل الثلث من الكثير أو من القليل خلاف وفي نظم الاجهوري ان من الكثير الثلث قال

ثم الكثير الثلث في المثلي وفي * مقوم ما فات نصفا فاعرف

وأما في المقوم المعين ان كان قليلا وهو النصف فدون وجب الرجوع بالحصة من الثمن ولا رد له وان كان كثيرا وهو ما زاد عليه وجب الرد للباقي ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره وهو قوله

وما له التقويم باستحقاق * أنفسه يرد بالاطلاق

أي ولو رضي المشتري بالتمسك بالباقي بما ينوبه كعبدين استحق أفضلهما أو خمسة أثواب استحق ثلاثة منها والى ذلك أشار بقوله

ان كان في معين ولا يحل * امساك باقيه لما فيه جهل

وان يكن المستحق الاقل فالحكم ان يرجع في حصته بالثمن ولا رد له كما قال

وان يكن أقله فالحكم ان * يرجع في حصته من الثمن

(وأما المقوم الشائع) فالذي يقبل القسمة ان كثر خير وان قل رجع بالحصة لا غير كالمثلي وأما الذي لا يقبلها يخير مطلقا وان كان الناظم لم يحرر القول في هذين بل قال

وان يكن على الشياع المستحق * وقبل القسمة فالقسم استحق

وظاهره قل أو كثر وليس كذلك وهذا فى القليل وأما فى الكثير فله رد الباقى وهو مختلف ثم قال

والخلاف فى تمسك بما بقى * بقسطه مما انقسامه اتقى

يعنى فى الشائع الذى لا يقبل القسمة كالدار الضيقة والشجرة الواحدة أو العبد قال التاودى ولم أر من قال انه لا يجوز التمسك بالباقى فى هذا القسم والذى فى الشارح والحطاب وغيرهما فيه ان المستحق منه مخير بين التمسك والرد وان قل لضرر الشركة *تنبيه* قال الزرقانى الربع المتخذ للغلة كالقابل للقسمة فلا يخير فيه ولا فى استحقاق الكثير قال والكثير فى المثلى والدار الواحدة الثلث وفيما تعدد من الدور ما زاد على النصف كالحيوان والعروض والنصف فى الارض كثير اه بتحرير من التاودى *تنبيه آخر* ما يوجد من مال المسلم فى الغنيمة قبل القسم أو بعده فالحكم فيه كما قال

وان يكن فى الفىء مال المسلم * فهو له من قبل قسم المغنم

وظاهره يقبل قوله بدون يمين وقيل لا بد منها وقيل لا بد من الثبوت بالبينة وهل يكفى واحد من الجيش قال خليل وأخذ معين وان ذميا ما عرف له قبله أى قبل القسم مجانا وحلف وأما ان قام بعد ما قسمت الغنيمة أو باعه الغانمون قبل القسمة فهو أحق به بالثمن الذى بيع به كما قال

وان يكن من بعد ما قد قسما * فهو به أولى بما تقوما

به يوم القسم فان لم يحضر ربه وعرف انه ملكه حمل اليه ولا يحل قسمه ان كان الحمل خيرا له والا بيع ودفع اليه ثمنه وان لم يعرف مالكه الا انه لا يملك مثله الا مسلم كالمصحف والبخارى ومسلم فالمشهور انه يقسم تغليبا لحق الغانمين وان كان عبدا أو أمة وعلى الآخذ لشىء من ذلك ان علم أنه لمسلم ان لا يتصرف فيه ولا يطأ الامة حتى يخبر المالك وان قدم الحربى

بامان وفي يده شيء من أموال المسلمين مما غنمه الكفار لم ينزع منه وكره لغير مالكه شراؤه منه ومن اشتراه أو قبله هبة لم ينتزع منه وهو قوله

ومشتر وحائز ما ساق من * أمن لا يؤخذ منه بالثمن

ولا بغيره كان بيد مسلم أو ذمي بخلاف ما اشتري منهم أو وهب بدار الحرب ودخل به مشتريه لبلد الاسلام فلمالكه أخذه بالثمن في البيع ومجانا اذا أخذه بهبة ولم يكافئ عليها وأما ما يؤخذ من اللصوص الذي نهبوه وذلك بان يأتي من له وجاهة وحرمة فيأخذه منهم فما أخذه منهم بلا شيء يحرم عليه ان يأخذ عنه شيأ بل يدفع لصاحبه مجانا وأما ما افتداه به من أيديهم فيجب له الفدا كما قال

ويؤخذ المأخوذ من لص بلا * شيء وما يفدى بما قد بذلا

الباب الحادي عشر في موجبات الضمان

كل من أخذ مال غيره فلا يخلو من الضمان أو عدمه وذلك بحسب وجوه القبض فان كان قبضه لمنفعة تصل الى القابض فالضمان عليه وان كان لمنفعة الدافع فلا ضمان عليه وان كان لمنفعتهما معا فينظر في أقوى منفعة فيجري بحكمه وقد تختلف هذه الكلية في فروع تتفرع عنها وهي تنقسم سبعة أقسام (الاول) ان يقبضه على وجه التعدي والغصب فهو ضامن له كما تقدم في بابه (القسم الثاني) ان يقبضه على وجه انتقال تملكه اليه بشراء أو هبة أو وصية فهو ضامن أيضا سواء كان البيع صحيحا أو فاسدا (القسم الثالث) ان يقبضه على وجه السلف فهو ضامن له أيضا (القسم الرابع) ان يقبضه على وجه العارية والرهن فان كان مما لا يغاب عليه وهي الاصول والحيوان لم يضمنه وان كان مما يغاب عليه كالعروض فهو ضامن له الا ان تقوم على هلاكه بينة على التلف من غير تعد منه ولا تضييع (القسم الخامس) ان يقبضه على وجه الوديعة فلا ضمان عليه سواء كان مما يغاب عليه أو لا يغاب عليه (القسم السادس) ان يكون

وان يكن على الشياع المستحق * وقبل القسمة فالقسم استحق

وظاهره قل أو كثر وليس كذلك وهذا فى القليل وأما فى الكثير فله رد الباقى وهو مختلف ثم قال

والخلف فى تمسك بما بقى * بقسطه مما انقسامه اتقى

يعنى فى الشائع الذى لا يقبل القسمة كالدار الضيقة والشجرة الواحدة أو العبد قال التاودى ولم أر من قال انه لا يجوز التمسك بالباقى فى هذا القسم والذى فى الشارح والحطاب وغيرهما فيه ان المستحق منه مخير بين التمسك والرد وان قل لضرر الشركة *تنبيه* قال الزرقانى الربع المتخذ للغلة كالقابل للقسمة فلا يخير فيه ولا فى استحقاق الكثير قال والكثير فى المثلى والدار الواحدة الثلث وفيما تعدد من الدور مازاد على النصف كالحيوان والعروض والنصف فى الارض كثير اه بتحرير من التاودى *تنبيه آخر* مايوجد من مال المسلم فى الغنيمة قبل القسم أو بعده فالحكم فيه كما قال

وان يكن فى الفىء مال المسلم * فهو له من قبل قسم المغنم

وظاهره يقبل قوله بدون يمين وقيل لا بد منها وقيل لا بد من الثبوت بالبينة وهل يكفى واحد من الجيش قال خليل وأخذه معين وان ذميا ما عرف له قبله أى قبل القسم مجانا وحلف وأما ان قام بعد ما قسمت الغنيمة أو باعه الغانمون قبل القسمة فهو أحق به بالثمن الذى بيع به كما قال

وان يكن من بعد ما قد قسما * فهو به أولى بما تقوما

به يوم القسم فان لم يحضر ربه وعرف انه ملكه حمل اليه ولا يحل قسمه ان كان الحمل خيرا له والا بيع ودفع اليه ثمنه وان لم يعرف مالكه الا انه لا يملك مثله الا مسلم كالمصحف والبخارى ومسلم فالمشهور انه يقسم تغليبا لحق الغانمين وان كان عبدا أو أمة وعلى الآخذ لشىء من ذلك ان علم أنه لمسلم ان لا يتصرف فيه ولا يطأ الامة حتى يخبر المالك وان قدم الحربى

بامان وفي يده شيء من أموال المسلمين مما غنمه الكفار لم ينزع منه وكره لغير مالكه شراؤه منه ومن اشتراه أو قبله هبة لم ينتزع منه وهو قوله

ومشتر وحائز ما ساق من * أمن لا يؤخذ منه بالثمن

ولا بغيره كان بيد مسلم أو ذمي بخلاف ما اشترى منهم أو وهب بدار الحرب ودخل به مشتريه لبلد الاسلام فلمالكه أخذه بالثمن في البيع ومجانا اذا أخذه بهبة ولم يكافئ عليها وأما ما يؤخذ من اللصوص الذي نهبوه وذلك بان يأتي من له وجاهة وحرمة فيأخذه منهم فما أخذه منهم بلا شيء يحرم عليه ان يأخذ عنه شيأ بل يدفع لصاحبه مجانا وأما ما افتداه به من أيديهم فيجب له الفدا كما قال

ويؤخذ المأخوذ من لص بلا * شيء وما يفدي بما قد بذلا

الباب الحادي عشر في موجبات الضمان

كل من أخذ مال غيره فلا يخلو من الضمان أو عدمه وذلك بحسب وجوه القبض فان كان قبضه لمنفعة تصل الى القابض فالضمان عليه وان كان لمنفعة الدافع فلا ضمان عليه وان كان لمنفعتهما معا فينظر في أقوى منفعة فيجري بحكمه وقد تختلف هذه الكلية في فروع تتفرع عنها وهي تنقسم سبعة أقسام (الاول) ان يقبضه على وجه التعدي والغصب فهو ضامن له كما تقدم في بابه (القسم الثاني) ان يقبضه على وجه انتقال تملكه اليه بشراء أو هبة أو وصية فهو ضامن أيضا سواء كان البيع صحيحا أو فاسدا (القسم الثالث) ان يقبضه على وجه السلف فهو ضامن له أيضا (القسم الرابع) ان يقبضه على وجه العارية والرهن فان كان مما لا يغاب عليه وهي الاصول والحيوان لم يضمنه وان كان مما يغاب عليه كالعروض فهو ضامن له الا ان تقوم على هلاكه بينة على التلف من غير تعد منه ولا تضييع (القسم الخامس) ان يقبضه على وجه الوديعة فلا ضمان عليه سواء كان مما يغاب عليه أو لا يغاب عليه (القسم السادس) ان يكون

على وجه القراض أو الاجارة على حمله أو الاجارة على رعاية الغنم فلا يضمن العامل ولا الاجير الا ان تعدى وهو مصدق فى دعوى التلف مع يمينه وخسارة المال على ربه الا ان الاجير على حمل الطعام فانه لا يصدق على دعوى التلف الا ببينة (القسم السابع) تضمين الصناع فيضمنون ما غابوا عليه سواء عملوه باجرة أو بغير أجرة ولم يضمنوا مالم يغيبوا عليه ولا يضمن الصانع الخاص الذى لا ينصب نفسه للناس وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر وللشافعى فى ضمان الصناع قولان فان قامت بينة على التلف سقط عنهم الضمان واختلف هل تجب لهم أجرة اذا كان هلاكه بعد تمام العمل وكذلك يضمنون كل ما جاء على أيديهم من حرق أو كسر أو قطع اذا عمله فى حانوته الا فى الاعمال التى فيها تغرير كاحتراق الثوب فى قدر الصباغ واحراق الخبز فى الفرن وتقويم السيوف فلا ضمان عليهم فيها الا ان يعلم انهم قد تعدوا ومثل ذلك الطبيب يسقى المريض فيموت أو يكويه والبيطار يطرح الدابة فتموت والحجام يختن الصبى فيموت أو يقلع الضرس فيموت صاحبه فلا ضمان على هؤلاء لانه مما فيه التغرير وهذا اذا لم يخطئ فى فعله فان أخطأ فالدية على عاقلته وينظر بعد ذلك فان كان عارفا فلا يعاقب على خطئه وان كان غير عارف وغرم من نفسه فيؤدب بالضرب والسجن ولا ضمان على صاحب السفينة خلافا لابى حنيفة ولا على صاحب الحمام اذا ضاعت الثياب بغير تقصير ﴿توضيح﴾ كل من ذكر من انه يصدق فى دعوى التلف فلا يمين عليه الا ان كان متهما فان ادعى انه رد الشئ فان كان ممن لا يصدق فى دعوى التلف لم يصدق فى دعوى الرد الا ببينة وان كان ممن يصدق فى دعوى التلف مثل الوديعة والقراض وعارية مالا يغاب عليه فانه يصدق فى دعوى الرد اذا كان قبضه بغير بينة فان كان قبضه ببينة لم يصدق فى دعوى الرد الا ببينته كما تقدم فى الوكالة ﴿تكميل﴾ فى تعديد الامناء كما قال فى التحفة

والامناء

والامناء فى الذى يلونا * ليسوا الشئ منه يضمنونا

ومنهم الاب والوصى ووصيه ومقدم القاضى والكافل واللقيط فيما التقطه فانهم مصدقون فيما ادعوا تلفه من قبض صداق وتلف أو ثمون مبيع أوناض اوغير ذلك ﴿تنبيه﴾ جرت عادة قضاة المغرب ان يدخلوا أموال اليتامى فى ذمة الاوصياء حتى ان ادعوا الضياع غرموه (ومن) الامناء أيضا الدلال وهو السمسار وقيده بعضهم بما اذا كان من أهل الخير وقيل يضمن مطلقا وبه العمل بمغرب نافى السمسار المتنصب بأخذ الثياب ونحوها للبيع فلا يصدق بخلاف بائع العبيد والدواب فان هذا بمنزلة الراعى المشترك الاصل فيه عدم الضمان رجح ابن رحال فى الراعى المشترك عدم الضمان ثم قال ولا أقدر ان أفتى به لفساد الزمان وكثرة الخيانة بل الذى نختاره هو الضمان مع توقيفى عن الافتاء به أيضا (ومن الامناء أيضا) المرسل صحبته المال كما قال

كالاب والوصى والدلال * ومرسل صحبته بالمال

(ويدخل) أيضا من قلب مثل الفخار أو الزجاج بحضرة ربه فيسقط من يده فلا ضمان عليه فيما سقط من يده لا فيما سقط عليه كما قال

ومن يقلب ما يفيت شكله * لم يضمن الاحيث لم يؤذن له

ويدخل أيضا الوارث اذا طرأ عليه دين أو وارث وادعى تلف ما كان بيده من التركة بعد القسمة فانه يصدق فيما لا يغاب عليه دون غيره قاله ابن رشد وأما قبل القسمة فالورثة مصدقون مطلقا ويدخل أيضا المكترى لما يغاب عليه وأحرى غيره كما قال

ومكتر لذاك لا يضمن ما * يتلف عنده سوى ان ظلما

وكل من نصب نفسه لحرفة أوصناعة فانه يضمن ولهذا ضمن العلماء الراعى المشترك وحارس الحمام لتنزيلهم منزلة الصناع ابن الحاج والذى عليه الفتوى والعمل ان السماسرة كالصناع فيضمنون ما يغاب عليه دون

غيره اهـ واليه أشار ناظم العمل المطلق بقوله

وألحقوا السمسار بالصناع * فضمنوه غائب المتاع

﴿تنبيه﴾ اذا ادعى السمسار بيع السلعة من رجل بعينه ودفعها له فانكر الرجل فقال ابن رشد لا خلاف انه يضمن ولو كان العرف عدم الاشهاد في بيع السماسرة اذ ليست هذه المسئلة من المسائل التي يراعى فيها العرف لافتراق معانيها اهـ فيؤخذ منه ان شهادة السمسار لا تجوز فيما تولى معاملته ولو كان عدلا للتهمة على ثبوت الاجرة ﴿فرع﴾ اذا انشر الثوب أو كسر الآنية لا ضمان عليه الا ان ثبت تعديه ولو بارباب المعرفة ﴿فرع آخر﴾ اذا أرسل شخص سمسار اليأتيه بثوب ونحوه فاخذه من ربه وتلف في يده فضمانه من الدافع وقيل من المرسل لانه أمين لهما جميعا واختلف أي الامانتين تغلب والاظهر تغليب امانة المرسل لانها سابقة اهـ (وفي القابسي) فيمن بعث رجلا يطلب له ثيابا فيضيع منها ثوب ان ضمانه من الآمر ان اعترف بارساله أو ثبت عليه ويحلف السمسار انه ما فرط وكل هذا داخل في قول النظم ومرسل صحبته بالمال كما أفاده صاحب البهجة (ومن الامناء أيضا) الوكيل وقد تقدم حكمه في باب الوكالة (ومن الامناء أيضا) عامل القراض وذكره في بابه بقوله وكونه قراضا او اجارة (ومنهم الصانع) وقد علمت حكمه منتصبا للعمل أو غيره (ومن الامناء) أيضا المستعير والمرتهن فهما مصدقان فيما لا يغاب عليه (ومنهم أيضا) المودع في دعوى التلف مطلقا وفي الرد ان قبض بلا بينة (ومنهم أيضا) المستأجر فيما عليه الاجر أي أجير الصانع فالصانع يضمن بشروطه وأجيره لا ضمان عليه لانه صانع لخاص وحينئذ فلا ضمان عليه غاب أم لا وشمل الاجير على غسل الثوب مثلا فادعى تلفه وهذا كله اذا لم يكن منصوبا لجميع الناس (ومن الامناء) المأمور بسقي دابة مثلا أو تسييرها او جبذ ثوب اذا كان ذلك بغير أجر والا دخل في الاجير على انه قد يدخل في الوكيل أيضا (ومنهم)

الراعي غير المشترك كما تقدم (ومنهم) الشريك في مال الشركة (ومنهم) حامل الاثقال سواء حمل على ظهره أو دابته أو سفينته فرط أو لا كان المحمول مقوما كثياب وعروض أو مثليا ككقطن وحناء أو غيرهما الا الطعام فانه يضمنه باتفاق اذا لم تقم على هلاكه بينة والحكم في هؤلاء كلهم كما أشار اليه بقوله والامناء الخ وعددهم فقال كالاب والوصي الخ ثم قال * وصانع لم ينتصب للعمل *

وذو انتصاب مثله في عمله * بحضرة الطالب أو بمنزله
والمستعير مثلهم والمرتهن * في غير قابل المغيب فاستبن
ومودع لديه والاجير * فيما عليه الاجر والمأمور
ومثله الراعي كذا ذو الشركه * في حالة البضاعة المشتركه
وحامل للثقل بالاطلاق * وضمن الطعام باتفاق

فهؤلاء الامناء كلهم القول قولهم بلا يمين الا اذا قامت بهم التهمة وقيل القول قولهم مع أيمانهم (وأما حارس الحمام) الذي يحرس للناس ثيابهم فقيل يضمن وقيل لا يضمن كما قاله مالك قال ابن لبابة وسوى قول الامام خطأ وضمنه ابن حبيب والى حكمه أشار بقوله

وحارس الحمام ليس يضمن * وبعضهم يقول بل يضمن

ومحل الخلاف مالم يفرط قال ابن القاسم ولو قال جاءني انسان فشبهته بك فدفعت له الثياب ضمن اللخمي وكذا لو رآه يأخذ فتركه ظنا انه صاحب المتاع وهذا مالم ينصبه صاحب الحمام باجرة في ذمته والا لم يضمن بلا خلاف قاله في التوضيح عن البيان *تنبيهان الاول* ما تقدم انه يضمن الطعام فهل يضمنه في محل أخذه أو في محل دعوى السرقة أو في المحل المحمول اليه فلينظر اذا علم كيله والا فيضمن قيمته ويجري الخلاف أيضا فيها هل يعتبر المحل المحمول اليه أو منه أو المدعى التلف فيه اللخمي أرى ان تحا كما في موضع هلاكه غرم مثله فيه وان تحا كما في موضع وصوله

غرمه فيه فليحرر النظر (الثاني) ان شرط الجمال سقوط الضمان فى الطعام أولزوم الضمان فى العروض فروى محمد ان الشرط ساقط ﴿قلت﴾ وشاهده حديث بريرة وينظر فى العقد الذى يقتضيه الحديث انه صحيح وقال الفقهاء فاسد وان فات فله كراء المثل وفى المدونة قال الفقهاء السبعة لا يكون كراء بضمان أى فى العروض الا ان يشترط على الجمال أن لا ينزل ببلد كذا أوو ادى كذا اولا يسير بليل فيتعدى ما شرط عليه فتلف شئ مما حمل فى ذلك التعدى فيضمنه اه وكذا يقال فى الطعام مع قيام البينة وقد شرط عليه ما ذكر ﴿فائدة﴾ الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب بكسر الياء المشددة وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمر بن حزم وقال مالك هو أبو بكر بن عبد الرحمن قال البرزلى فى أول الاقضية اختلف فى هذين أيهما أحد الفقهاء السبعة فقيل الاول وقيل الثانى والآخر أحد النظراء السبعة (والنظراء السبعة) سالم بن عبد الله وابان بن عثمان وعلى بن الحسين وأبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف وعلى بن عبد الله بن عباس وأبو بكر بن عمر ابن حزم وعبد الله بن هرمز فهؤلاء الاربعة عشر من التابعين أفقه أهل زمانهم قال والفقهاء السبعة حجة عند مالك. اه وعلى كون أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام هو أحد الفقهاء لا أحد النظراء نظم بعضهم حيث قال

الا كل من لا يقتدى بأئمة * فقسمته ضيزى عن الحق خارجه
فخذهم عبيد الله عروة قاسما * سعيد أبا بكر سليمان خارجه

﴿فوائد﴾ قال البرزلى حارس الطعام اذا استخلف غيره فالصواب ضمانه الا أن يستخلف لضرورة قويا مثله على الحرس أو أكثر (الثانية) جزم ابن رحال فى تضمين الصناع بان حارس الفندق والحوانيت بالليل ضامن (الثالثة) حارس الطعام فى المطامير وهى المسماة بالامراس كذلك

قال

قال صاحب البهجة ماقاله من ضمان حارس ماذكر ظاهر لان كلا منهم حارس لغير منحصر ولا مخصوص ألا ترى ان صاحب الفندق نصب نفسه لحراسة أمتعة كل من دخل اليه ووضع أمتعته فيه كانت مما يغاب عليه أم لا فهو بمنزلة الراعى المشترك وقد جرى العمل بتضمينه وفيما يغاب عليه كالسمسار والعمل بتضمينه أيضا وكذا البيات فى السوق نصب نفسه لحرس أمتعة كل من اكترى حانوتا فيه اياكان طالع لهذا الحانوت فى هذا الشهر أو السنة أو غيرهما وكذا حارس المرس نصب نفسه لكل من يخزن الطعام فى ذلك المحل وعلى قياسه يقال صاحب الحمام كذلك لان العادة عندنا ان مكترى الحمام يؤاجر أجيرا تحته يقبض أجرة الداخلين للاغتسال ويحرس ثيابهم ناصبا نفسه لذلك وهم غير مخصوصين ولا منحصرين ولذا قال المتيطى عن بعض الشيوخ مافى المدونة من عدم الضمان على حارس ثياب الحمام لا يقتضى سقوط الضمان عن مكترى الحمام لان أجير الصانع لا يضمن ويضمن الصانع وصاحب الحمام فى حكم الصانع لان المقصود منه التنظيف والاغتسال فيضمن فيما لا يستغنى عنه على الائتمان عليه كما قال ابن حبيب فى الطحان يضمن القمح وظرفه الا ان يطحنه بحضر صاحبه أو يكون كالحمال يضمن الطعام لانه مما جرت العادة بسرعة الايدى اليه وكذلك صاحب الحمام جرت العادة بجنايته على ثياب الناس فيضمنها اه ﴿قلت﴾ وزد على الجناية ان علم ان الشرع لا يلزمه الضمان فلا يسلم من بوائقه الامن ومن فالصواب الضمان ليقع الائتمان والامان سيما والقول بالضمان معمول به مرجح وقد قال اليزناسنى فى السمسار أيضا ما قاله ابن عبد الرحمن ضمانه وهو الذى ينبغى أن يعمل به فى هذه الازمنة التى قل فيها الوفاء عند من يظن به فضلا عن غيره اه وهذا التعليل جار فيما ذكرناه (وحكى أيضا) عن عياض ان الحكم بن نصر حكم بسوسة بتضمين صاحب الحمام قال القلشانى عدل عن

المشهور الى الحكم بالشاذ مراعاة للمصلحة العامة التى شهد لها الشرع بالاعتبار فمنع من بيع الحاضر للبادى ومن بيع التلقى على القول بأنه لحق المجلوب اليهم اه وفى هذا كله كفاية لمن اكتفى ﴿خاتمة﴾ فى البهجة لو قال حارس الثياب أو الفندق دفعت ثيابك أو بهيمتك لمن شبهته بك أو قال رأيت من أخذها وتركته يأخذها الظنى انه انت أو وكيلك فانه يضمن بلا خلاف لان غايته أن يكون مفرطا أو مخطئا والخطأ والعمد والتفريط فى أموال الناس سواء والتفريط هو أن يفعل مالا يفعله الناس كما فى البرزلى وهو موجب للضمان كأن يهمل المحل أو ينام بغير احتياط

﴿الباب الثانى عشر فى الصلح﴾

وهو الاصلاح بين الناس قال تعالى لا خير فى كثير من نجواهم الا من أمر بصدقة أو معروف أو اصلاح بين الناس وقال جل ذكره وأصلحوا ذات بينكم وهو مندوب ندب تأكيد سيما أن خشى تأكد العداوة بين الاصدقاء وأولى الارحام وورد رددوا بين الخصوم لعل أن يصطلحوا أو كما ورد سيما ان استشكل الحكم كما قال فى التحفة

والصلح يستدعى له ان أشكلا * حكم وان تعين الحق فلا

مالم يخف بنافذ الاحكام * فتنة أو شحنا أولى الارحام

الا انه لا يجبرهم القاضى على الصلح ولا يلح الحاحا يشبه الالزام وانما يندبهم الى الصلح مالم يتبين الحق فان تبين أنفذ الحكم كما قال تعالى ان يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما ثم ان الصلح على نوعين الاول اسقاط وابراء فهو جائز مطلقا (والثانى) صلح عن عوض فهذا يجوز الا ان أدى الى حرام وحكمه حكم البيع واليهما أشار فى التحفة بقوله

الصلح جائز بالاتفاق * لكنه ليس على الاطلاق

يشير لقوله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما

رواه الترمذى وحسنه وقد يكون الصلح واجبا أو مندوبا كما قال خ وأمر بالصلح ذوى الفضل والرحم كان خشى تفاقم الامر وتقدم ذلك فقول التحفة الصلح جائز يشمل المندوب والواجب واذا علمت النوع الاول فالنوع الثانى يجوز كالبيع يجوز فيه ما يجوز فيه والعكس بالعكس كما قال

وهو كمثل البيع فى الاقرار * كذاك للجمهور فى الانكار

وسواء فى عين أو دين فيقدر المدعى به والمقبوض عن الصلح كالعوضين فيما يجوز بينهما و يمتنع الجهالة والغرر والربا والوضع على التعجيل وما أشبه ذلك وقد جمعت الممنوعات فى بيتين وهما

جهلا وفسخا ونسا وحط ضع * والبيع قبل القبض ان صالحت دع

وغرراوسلفا مع بيع * وسلفا مقترنا بنفع

وعليه فيجوز الصلح بالذهب عن الفضة والعكس بشرط حلول الجميع وتعجيل القبض كما قال

كالصلح بالفضة أو بالذهب * تفاضلا أو بتأخر أبى

وهو مفهوم قولنا و يجوز الصلح بالذهب الخ فلا يجوز مصوغ بمسكوك من جنس واحد الا مراطلة تاجزا فان اختلفا فيجوز التفاضل ولا يجوز التأخير كما هو مبسوط فى فقه البيوع وكذلك لا يجوز بيع الطعام بالطعام الا تناجزا ولا يجوز بيع الجنس تفاضلا بالحلول أو الآجال فكذلك الصلح كما قال

والصلح بالمطعوم فى المطعوم * نسيئة رد على العموم

وكذا لا يجوز الصلح عن عرض مؤجل بأقل منه نقدا لان فيه حط الضمان وأزيدك ولا عن عكسه كما قال

والوضع من دين على التعجيل * أو المزيد فيه للتأجيل

ولا يجوز ان تصالح من لك عليه دينار حال بثوب الى أجل عن نصفه وتؤخره بالنصف الباقى كما لا يجوز أيضا ان تصالحه عن دين بعبد ابق ونحوه مما فيه غرر كما قال

والجمع في الصلح لبيع وسلف * أوما أبان غررا بذا اتصف

ولا يجوز الصلح بالطعام قبل قبضه كأن يكون لك على رجل طعاما ثم تصالح به رجلا آخر وتحيله عليه والعالم يجز لانه بيع له قبل قبضه وسواء كان الصلح عن اقرار أو انكار وهذا انما يأتي في الطعام الذي هو من بيع وأما طعام القرض والامانة فيجوز كما قال

وان يكن يقبض من أمانه * فحالة الجواز مستبانه

ويجوز الصلح على الاقرار اتفاقا وعلى الانكار خلافا للشافعي وهو ان يصالح من وجبت له عليه اليمين على ان يفتدي منها ويحل لمن بذل له شئ في الصلح ان يأخذه ان علم انه مطالب بالحق فان علم انه مطالب بالباطل لم يجز له أخذه والاصل في هذا الخلاف انه حلف عمر رضي الله عنه وصالح عثمان ﴿فرعان الاول﴾ من ادعى على رجل حقا فأنكره فصالحه ثم ثبت الحق بعد الصلح باعتراف أو بينة فله الرجوع في الصلح كما قال في التحفة

وينقض الواقع في الانكار * ان عاد منكر الى الاقرار

اللهم الا ان كان عالما بالبينة وقت الصلح وهي حاضرة ولم يقم بها فهو كالمسقط لها فيلزمه الصلح ﴿الفرع الثاني﴾ اذا كان أحد المتصالحين قد أشهد قبل الصلح اشهادا استرعاء واستحفاظ وتقية ان صلحه انما هو لما يتوقعه من انكار صاحبه أو غير ذلك فان الصلح لا يلزمه اذا ثبت أصل حقه ﴿تنبيهات الاول﴾ يجوز للاب الصلح على محاجيره ذكورا أو اناثا كأن يكون للمحجور دين على شخص فيصالحه بعرض أو غيره يساوي قدر الدين أولا يساويه كما قال

وللاب الصلح على المحجور * ولو بدون حقه المأثور

ان خشي الفوت على جميع ما * هو به يطلب من قد خصما

(الثاني) البنت اذا طلقت قبل البناء وعفا الاب عن نصف الصداق الواجب لها فلا كلام لها كما قال تعالى الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح

الآية

الآية وقال

والبكر وحدها تخص ههنا * بعفوه عن مهرها قبل البنا

لا بعد البناء ولا بعد الموت فان فعل كان لها نقضه وظاهره ان للاب ان يعفو عن الصداق طلق الزوج أم لا وهو قول ابن القاسم والمشهور وقول مالك ان ذلك انما هو بعد الطلاق لمنطوق الآية الا ان يعفون الزوجات المالكات لامرهن أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح وهو الاب عند مالك فى ابنته بقيد البكارة والى المسئلة أشار خليل بقوله وجاز عفو أب البكر عن الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق ابن القاسم وقبله لمصلحة وهل هو وفاق تأويلان وأما الوصى فلا يعفو وله ان يصالح اذا كان نظرا للمحجور كما قال

وللوصى الصلح عمن قد حجر * يجوز الا مع غبن أو ضرر

وفعله يحمل على السداد حتى يثبت خلافه (وحاصل المسئلة) ما أجاب به صاحب المعيار فى جوابه الذى سماه تنبيه الطالب الدراك فى الصلح المنعقد مع ابن سعدو الحباك ان المحجور لا يخلو اما ان يكون طالبا أو مطلوبا وفى كل ثلاثة أقسام فان كان طالبا والحق ثابت لم يجز الصلح عنه باتفاق وان كان الحق غير ثابت ولا يرجى ثبوته فالصلح مشروع وان كان الحق غير ثابت فى الحال ولكن يرجى ثبوته فى المآل فالصلح ممنوع وأما ان كان المحجور مطلوبا فان كان الحق الذى يطالب به غير ثابت ولا مرجو الثبوت فلا يجوز الصلح بحال وان كان الحق ثابتا جاز الصلح بمثله فأقل وان كان يخشى ثبوته فقولان متكافئان اه وفى المعيار أيضا سئل ابن الفخار عن صلح الوصى عن الايتام فى يمين القضاء فأجاب لا يجوز حتى يرى انه يحلف والا لم يجز وتعرف عزيمته بقرائن الاحوال (الثالث) لا يجوز نقض الصلح المبرم على الوجه الشرعى والرجوع للخصام كما قال

ولا يجوز نقض صلح أبرما * وان تراضيا وجبرا الزما

(الرابع) يجوز صلح الورثة فى التركة ان علم قدرها فان لم يعلم لم يجز للغرور

ومالم يؤد الى أصل فاسد فيعتبر فيها ماتقدم فى الصلح مثل البيع كما قال

والتركات ماتكون الصلح * مع علم مقدار لها يصح

(الخامس) اذا ترك الميت ديونا على أشخاص فلا يصح للورثة قسم الاشخاص بان يخرج منهم كل وارث بشخص أوشخصين وان حضر الغرماء وأقروا كما قال

ولا يصح الصلح باقتسام ما * فى ذمة وان أقر الغرما

واذا وقع على الصورة وقبض بعض الورثة اقتسمه مع باقى الورثة (السادس) لايجوز قسم الزرع قبل ذروه فضلا عن حصاده أو قبله وكذلك لا يجوز قسم الثمر فى رؤس الشجر بل حتى يصفى الزرع ويجنى الثمر ويقاس بمعياره فان اقتسم الورثة جهلا لم يجز وما أصابه من جائحة أوغيرها فعلى جميعهم كما قال

والزرع قبل ذروه والثمر * مادام مبقى فى رؤس الشجر

(السابع) لا يجوز صلح الزوجة من دينها وميراثها دفعة واحدة وسواء كان الدين كالئا أوغيره بل لا بد من دفع دينها أولا من رأس مال التركة وبعده يجوز الصلح معها عن ارثها كما قال

ولا باعطاء من الوراث * للعين والكالئ فى الميراث

وحيث لا عين ولا دين ولا * كالئ ساغ مامن ارث بدلا

(الثامن) اذا مات الميت وترك دينا فلا يصح قسم التركة قبل ادائه وان التزموا باداء الدين ورضى ربه لانه فسخ دين فى دين كما قال

ويبطل القسم لوارث ظهر * أودين اووصية فيما اشتهر

وان باعوا شيأ من التركة فسخ البيع (التاسع) انه اذا فات المصالح عنه لم يجز عقد الصلح فيه الا ناجز القبض المصالح به كما اذا غصبه عبدا اوفات كما قال

وان يفت ما الصلح فيه يطلب * لم يجز الا مع قبض يجب

وقد استوفى المسئلة خليل بقوله وان صالح بمؤخر عن مستهلك لم يجز الا بدراهم كقيمته فأقل أوذهب كذلك وهو مما يباع به ومفهوم ان لم يفت

ان المصالح عنه اذا كان قائما جاز الصلح بالتأخير اذ غايته انه كابتداء بيع
(العاشر) اذا اتفق المصالحان على أمر دار بينهما وجهلا قدره أو حقق
أحدهما الدعوى وجهل الآخر وعجز المحقق عن اثبات دعواه وتصالحا
فالصلح جائز كما قال

وجائز تحالل فيما ادعى * ولم تقم بينة للمدعى

﴿خاتمة﴾ اذا كان الدين طعاما أو غيره كالثيا أو غيره وحل وأراد ان يدفع عنه
طعاما آخر أو ذهبا عن فضة كما قال

والصلح فى الكالئ حيث حلا * بالصرف فى العين لزوج حلا

فلا مفهوم للكالئ والله أعلم

﴿الباب الثالث عشر فى أحكام الارضين والمياه وما يتعلق بذلك﴾

وفيه مسائل (الاولى) فى احياء الموات قال عليه السلام من أحيا أرضا
ميتة فهى له والموات هى الارض التى لا عمارة فيها ولا يملكها أحد
واحياؤها يكون بالبناء والغرس والزراعة والحرث واجراء المياه فيها وغير
ذلك الا ان ذلك فيه تفصيل فان كانت قريبة من العمران فلا بد من اذن
للامام بخلاف البعيدة عن العمران (الثانية) فى الحريم حريم البئر ما حوله
وهو يختلف بقدر كبر البئر وصغرها وشدة الارض ورخاوتها وحريم الدار
مدخلها ومخرجها ومواضع مساطبها وشبه ذلك وحريم الفدان حواشيه
ومدخله ومخرجه ومجرى الماء اليه وحريم القرية موضع محيطها ومرعاها
﴿المسئلة السادسة فى المياه﴾ وهى بالنظر الى تملكها والانتفاع بها تنقسم
اربعة أقسام (الاول) ماء خاص وهو المتملك فى الارض المتملكة كالبئر
والعين فينتفع به صاحبه وله ان يمنع غيره من الانتفاع به وله بيعه ويستحب
له ان يبذله بغير ثمن ولا يجبر على ذلك الا ان يكون قوم اشتد بهم العطش
فخافوا الموت فيجب عليه سقيهم وان منعهم فلهم ان يقاتلوه على ذلك
كمانع الطعام أيام المسغبة وكذلك اذا انهارت بئر جاره وله زرع يخاف عليه

التلف فعليه ان يبذله فضل مائه ماذام متشاغلا باصلاح بئره القسم الثانى ماليس بمملك وليس بأرض مملكة كالانهار والعيون والغدران فالناس فيه سواء لا يختص به واحد دون آخر (القسم الثالث) ما يجتمع من الامطار والسيول فيجرى الى أرض بعد أرض فيأخذه الاعلى فالاعلى ويسقى به ويمسكه حتى يصل الى الكعبين ثم يطلقه الى الذى تحته (القسم الرابع) الآبار التى تحفر فى البوادى لسقى المواشى فمن حفرها للانتفاع ويأخذ الناس ما فضل فليس له ان يمنعهم من ذلك ﴿المسئلة الرابعة فى الكلأ﴾ وهو المرعى فان كان فى أرض غير مملكة فالناس فيه سواء وان كان فى أرض مملكة فلصاحب الارض الانتفاع به واختلف هل يجوز له بيعه ومنع الناس منه أم لا ﴿فروع الاول﴾ ارفاق الجار للجار مرغب فيه قال صلى الله عليه وسلم مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت انه سيورثه وهو ثلاثة أقسام ماله حق واحد وهو الجار غير المسلم وماله حقان وهو الجار المسلم الاجنبى وماله ثلاثة حقوق وهو الجار المسلم القريب قال تعالى وبالوالدين احسانا الى قوله والجار ذى القربى والجار الجنب الآية والاحسان يكون بسقى وطريق وجدار كما قال

ارفاق جار حسن للجار * بسقى او طريق او جدار

كأن يدعه يترك خشبة على جداره ففى الحديث لا يمنعن أحدكم جاره ان يغرز خشبة فى جداره يقول أبو هريرة رضى الله عنه مالى أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين أكتافكم أى بهذه الوصية كى لا تنسوها ثم اذا أطلق الارفاق ولم يقيد بزمن فيحمل على ما يمكن الانتفاع به كما قال

والحد فى ذلك ان حد اقتفى * وعد فى ارفاقه كالسلف

(الثانى) اذا كان ماء بين قوم مملك يجرى على أقوام وتنازعوا فيه فهو للاعلين الذين عمر عليهم ان جهل السابق من اللاحق فى العمران أو تقدم العمران عليه للاعلين وأما اذا تقدم العمران للاسفلين فهو أهم واليه

أشار بقوله

والماء للأعلين فيما قدما * والاقدم الاسفل فيه قدما

بهذا اقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مهزور ومذينب وهما واديان من أودية المدينة قال فى البهجة ومحل الاقدم مالم يكن رحى أو حماما فان كانا اقدم سقى الجنان والغروس ولو تقدما فى الاحياء وكانا أقرب للماء كما لابن رشد لان ماء الجنان يصرف اذا بلغ الى الكعب للرحى ونحوها ولان تأخير سقى الغروس يؤدى لتلفها وتأخير الماء عن الرحى لا يؤدى لتلفها بل لتعطيلها فقط قاله الاجهورى *تفصيل المياه* اعلم ان ماء الانهار والخارج من العناصر والعيون من جبل ثم يجرى لارض تحته اما ان يكون أصله مملوكا ببينة عدلة أم لا فان كان مملوكا فربه أحق به وله منعه وبيعه بشرطه كما يأتى قريبا وله صرفه حيث شاء ولو غرس عليه غيره بعارية وانقضت مدتها أو غرس عليه بغير اذن وسكت ربه مع علمه فان ذلك لا يضره لان الماء المعلوم ملكيته بالبينة لا يحاز بالانتفاع به دون استحقاق أصله لاحتمال ان سكوت المالك طول الزمان انما هو لعدم الاحتياج اليه واما ان لم تقم بينة بملكيته لاحد بل جهل أمره ولم يدر السابق من اللاحق ولا المالك من غيره لتقادم الاعصار وهلاك البينات القديمة فانه يبقى كل واحد على انتفاعه كما كان ولو كان الآن ينبع فى أرض مملوكة اذ لا يدرى أصله كيف كان والاصل بقاء الاشياء على ما كانت عليه حتى يدل دليل على خلافه لاحتمال ان يكون أصله مملوكا للجميع أو يكون مملوكا للاسفل هذا محصل ماذكره الفقيه النوازلى سيدى ابراهيم الجلالى ونقله فى نوازل العلمى واستدل على ذلك بنقول ووجهه ظاهر قال فى البهجة وبهذا كنت حكمت فى عناصر وادراس لما تحاكم الى أهل المنزل مع من فوقهم وكان لاهل المنزل سواقى قديمة مبنية فأراد الاعلون ان يقطعوا ذلك الماء عنهم فحكمت بقسمه بينهم على ما كانوا عليه اذ لا يدرى

السابق من اللاحق ولا المالك من غيره ووافق على ذلك المعاصرون من الفقهاء والله حسيب من بدل أو غير اه من البهجة ﴿فرع ثالث﴾ اذا مال الوادي عن مجراه القديم وصار الموضع الذي يمر عليه يابسا فقيل موضعه لمن ألقاه النهر اليه وحازه له ورجحه يحيى السراج ووافقه الزياتي في نوازله وقيل هو بمنزلة الموات يجرى حكمه على ما تقدم قال أبو الحسن الاندلسي في وثائقه وهذا الخلاف اذا تغير عن جريه المعروف وبقي موضعه يابسا وأما ما اقتطعه النهر من أرض الغير فالصواب بقاء ما غيره النهر واقتطعه على ملك ربه قال وكذلك لو انحرف النهر عن مجراه وجرى في أرض رجل ثم عاد الى موضعه أو يبس لعادت أرضه الى ملك ربها ﴿الفرع الرابع﴾ الماء المملوك اذا كان ينقص أحيانا ويزيد أحيانا قال في المتيطية اذا كان الشرب يقل ماؤه مرة ويكثر أخرى ولا يوقف على الحقيقة منه لم يجز بيعه لانه مجهول وبيع المجهول غرر لا يجوز قال الشارح هذا مما يشكل عليه بيع شروب قطيعة حجاب من الحرية وغيرها فانها تقل في السنين المجدبة وتكثر في غيرها والظاهر جواز المعاوضة فيها الارتباطها بما أجرى الله تعالى من العادة فيها فالمتعاقدان يعلمان ذلك ويدخلان عليه فهو كالغرر المغتفر في بيع الاصول اذ قد لا تكون لها غلة في بعض السنين فيحمل قول التحفة

والماء ان كان يزيد ويقل * فبيعه لجهله ليس يحل

على ما يجهله المتعاقدان معا ويكون من التلون مما لا يدخله ضبط ﴿الفرع الخامس﴾ يجوز بيع الماء أصله أو منفعته لمن يسقي به اذا كان البائع يملكه كمن نبعت له عين في أرضه أو أخرجها أو أنفق عليه أو ساقه من مباح قال ابن سلمون ولا يجوز بيع ماء أنهار العامة الا ان يصرف منها شيء ويملك بالاسداد فيجوز بيعه

﴿الباب الرابع عشر في المرافق ومنع الضرر﴾

وينقسم

وينقسم الكلام فيه الى قسمين (الاول) فى الجدرات والسقف وفيه ثلاث مسائل (الاولى) أن يكون الجدار لاحدهما فله أن يتصرف فيه بما شاء ويستحب له أن لا يمنع جاره من غرز خشبه فيه كما تقدم ولا يجبر على ذلك وقال الشافعى يجبر فان انهدم هذا الحائط لم يجب على صاحبه بناؤه وان دعا جاره الى البنيان لم يلزمه ويقال له استر على نفسك ان أردت كما قال

وان جدار ساتر تهدما * أو كان خشية السقوط هدما
فمن أبى بناءه لن يجبرا * وقيل للطالب ان شئت استرا

(المسئلة الثانية) أن يكون الجدار ملكا لرجلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيه الا باذن شريكه فان انهدم فيبنى عليهما فان أبى أحدهما من البنيان فان كان ينقسم قسم بينهما وان لم ينقسم أجبر على بنائه مع شريكه وقيل لا يجبر فان هدمه أحد فعليه أن يرده الا اذا كان هدمه صلاحا فهو بينهما كما قال

وعامد للهدم دون مقتض * عليه بالبناء وحده قضى
وان يكن مشتركا فمن هدم * دون ضرورة بناء التزم
وان يكن لمقتض فالحكم ان * يبنى مع شريكه وهو السنن
من غير اجبار فان أبى قسم * موضعه بينهما اذا حكم
ان كان ذا وجد وكان ماله * والعجز عنه أدبا اناله

لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار كما قال خليل وقضى باعادة الساتر ان هدمه ضررا الا لاصلاح أو انهدام وحاصل المسئلة فى المشترك انه يؤمر أولا بالبناء معه من غير اجبار فان أبى قسم بينهما ان امكن قسمه فان لم يمكن أجبر على البناء أو البيع على المعتمد كما قال الحطاب قائلا هذا هو الذى رجحه صاحب الكافى وابن عبد السلام وغيرهما ويكون حين لم يمكن قسمه من افراد قول خليل وقضى على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع وهذا كله اذا هدم خشية السقوط وثبت ذلك بالبينة ثم هدمه اما ان

هدمه أحدهما بغير بينة وادعى خشية سقوطه فلا يصدق ويلزمه بناؤه وحده اه من البهجة وقال عقبه ﴿تنبيهان الاول﴾ لو كانت دابة أو معصرة أو سفينة بين رجلين ولاحدهما ما يطحن أو يحمل عليها وليس للآخر شيء يطحنه أو يحمله ومنع صاحبه من الطحن والحمل الا بكراء وقال الآخر انما أضمن وأحمل في نصيبي فالحكم انه يمنع من الحمل والطحن حتى يتراضيا على كراء أو غيره والا بيع المشترى عليهما كما في الحطاب (الثاني) سئل اللخمي عن حائط فاصل بين جنتين ويعمل عليه السدرة والشوك لدفع الضرر وتهدم فدعا أحد الرجلين للبناء وأبى الآخر قائلا من شكا الضرر فليبن (فاجاب) ان كان بقاؤه مهدوما يضرهما فمن دعا الى البناء فالقول قوله وان كان الضرر ينال أحدهما فبناؤه على من يناله الضرر دون صاحبه وان لم يكن هناك حائط فليس على من أبى أن يحدث حائطا جبرا الا ان يدخل ضرر على أصحاب الجنات بعضهم من بعض فالقول لمن دعا الى التصوير اه ﴿المسئلة الثالثة﴾ اذا تنازعا في ملك الجدار فيحكم لمن يشهد العرف بانه له وهو لمن كانت اليه القمط والعقود أما القمط فهي ما يشد به الحيطان من الجص وشبهه والعقود هي الخشب والآجر التي تجعل في أركان الحيطان لتشدها فان لم يشهد العرف لاحدهما حكم باحكام التداعي كما قال

والشيء يدعيه شخصان معا * ولا يد ولا شهيد يدعى
يقسم ما بينهما بعد القسم * وذاك حكم في التساوى ملتزم
في بينات أو نكول أو يد * والقول قول ذى يد منفرد
وهو لمن أقام فيه البينه * وحالة الاعدل فيه بينه

كما ذكر في الدعاوى وقال الشافعي لا دليل في الخشب التي تجعل في أركان الحيطان على ملك الحائط والحائط بينهما مع أيمانهما أو نكولهما والمذهب على ما قال في التحفة وذكرناه وهو قوله

وان

وان تداعياه فالقضاء * لمن له العقود والبناء

﴿فروع﴾ اذا تهدمت رحى مشتركة فاقامها أحدهم بعد امتناع الباقين فالغلة كلها للذى أقامها عند ابن القاسم وقال ابن الماجشون الغلة بينهم على حسب الانصباء و يأخذ المنفق من انصبائهم ما أنفق ﴿فرع ثان﴾ قول المصنف والبناء آخر البيت فمعناه ان الحائط اذا كان عليه بناء لاحدهما دون الآخر فهو له وذلك كسترة ونحوها وكذلك ان كان الباب لجهة أحدهما دون الآخر وكذا اذا كانت جذوع أحدهما عليه دون الآخر وكذا الكوة الغير النافذة لجهة أحدهما وهى التى تعد لدفع الحوائج ولا تعتبر الا أن تكون مبنية مع الحائط أما المنقوبة فلا دليل فيها كما ان النافذة لا دليل فيها أيضا وكذا ان كان وجه البناء لاحدهما دون صاحبه فمن وجدت عنده هذه الاشياء أو بعضها قضى له بذلك مالم تقم بينة للآخر والا فالاعتماد على البينة ﴿الفرع الثالث﴾ اذا كان حفر البئر يضر بجدار صاحبه فانه يمنع منه وأما اذا كان لا يضر بالجدار وانما يضر ببئر جاره فى تقليل مائها أو اعدامه بالكلية ففيه أقوال صدر فى الشامل فى باب الموات بعدم منعه وهو قول أشهب وروايته عن مالك وعليه اقتصر ابن شاس وابن الحاجب واستظهره ابن عبد السلام ومقابله لابن القاسم فى المدونة انه يمنع من حفره ووجهه اللخمى والثالث يمكن من حفره مالم يضر ببئر جاره ضررا بينا وقد علمت ان الاول أقواها نقلا وان قال فى التبصرة ليس عليه عمل لانه مروى عن مالك ورجحه ابن عبد السلام واقتصر عليه الاجلة فلا يعدل عنه بحال ﴿الفرع الرابع﴾ ذكر فى المعيار عن ابن الرامى ان ضرر الرحى والاصطبل يرتفع عن الجدار ويبعد ان عنه بثمانية أشبار أو يشغل ذلك بالبنيان بين دوران البهيمة وحائط الجار انظر كلامه فى ميباره وأما اذا كان علو الدار لرجل وسفلها للآخر فالسقف الذى بينهما لصاحب السفل وعليه اصلاحه وبناؤه ان

هدم ولصاحب العلو الجلوس عليه وان كان فوقه علو آخر فسقفه لصاحب العلو الاول وبناء العلو على صاحبه وبناء الاسفل على صاحبه وهكذا وقال الشافعي السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل والذي عليه العمل عندنا ان على صاحب الاسفل الخشب وعلى صاحب الاعلى الاتربة ومايلحق بها ﴿الفرع الخامس﴾ اذا كان مرحاض الاعلى منصب على مرحاض الاسفل فكنسه بينهما على الرؤس عند ابن وهب وأصبغ وقال أشهب هو لصاحب السفل ﴿الفرع السادس﴾ ليس لصاحب العلو ان يزيد على البناء شيأ الا باذن صاحب الاسفل

﴿الفصل الثاني﴾ في تقسيم الضرر الى قسمين أحدهما ماهو متفق عليه والآخر مختلف فيه (فالمتفق عليه أنواع) فمنه فتح الكوة أوطاق يكشف منها على جاره فيؤمر بسدها أوسترها ومنه أن يبني في داره فرنا أوحماما أوكير حداد أوصائغ مما يضر بجاره دخانه فيمنع منه الا ان احتال في ازالة الدخان ومنه أن يصرف ماءه على دار جاره أوعلى سقفه أوعلى طريق المارين أو يجري في مائه دار افيضر بحيطان جاره والى ذلك أشار في التحفة بقوله

وحدث للجار مافيه ضرر * محقق يمنع من غير نظر
كالفرن والباب ومثل الاندر * أوماله مضرة بالجدر

(وأما المختلف فيه) فمثل أن يعلي بنيانا يمنع جاره الضوء فالمشهور انه لايمنع منه وقيل يمنع ومنه أن يبني بنيانا يمنع الريح لاندر فالمشهور منعه ومن ذلك الرحى قرب الجدار وقد تقدم وأما ان كان يضر بالمنافع فقط كاحداث فرن بقرب آخر أوحمام أوشبه ذلك فلا يمنع من احداثه كما أشار اليه بقوله وان يكن يضر بالمنافع * كالفرن بالفرن فما من مانع ثم اذا تنازعا في قدم الضرر وحدوثه فالقول قول من ادعى الحدوث كما قال

وهو على الحدوث حتى يثبتا * خلافه بذا القضاء ثبتا

وقيل انه محمول على القدم وعلى مدعي الحدوث الاثبات واما ان كان

الضرر

الضرر تكشفا مثل فتح الباب والكوة فى الزقاق الغير النافذ فليس له ان يحدث شيأ من ذلك الا باذن شركائه فيه وان كان الزقاق نافذا جاز فتح ذلك بغير اذنهم أما دخان المطابخ فلا يمنع منه وكذلك بكاء الصبيان لانه لا يستغنى الحال عنه وليس بدائم وسواء نكب الباب فى الزقاق الغير المسلوك أم لا بحيث لا يشرف على داخل بيته ولا يقطع عنه مرفقا من منزل أصحابه ومربط دابته والى هذا ذهب ابن رشد وبه العمل بقرطبة وقال ابن ناجى به العمل أيضا وقال فى التبصرة انه الصحيح فى المذهب ومقابله انه ان نكب بالشروط قبله لم يمنع وبه أفتى خليل اذ قال الا بابا ان نكب الخ ومفهوم الباب ان الروشن والساباط لمن له الجانبان يجوز له احداثه بغير النافذة وأحرى النافذة ولو بغير اذن من بغير تحتهما وهو كذلك على المشهور كما فى الزرقانى وقيل يمنع الا باذن المارين ابن ناجى وبه العمل (وفى المعيار) ان من أراد أن يحدث ساقية أو قادوسا من الماء الحلو أو غيره فى مثل النافذة ويغطى ذلك بالحجر بحيث لا يضر بأحد فانه لا يمنع من ذلك ولو بغير اذنهم وبنحوه أفتى السراج ونقله صاحب البهجة فى فتاويه اما السكة النافذة قال فى المدونة لك ان تفتح فيها ما شئت وتحول بابك حيث شئت ابن ناجى ظاهرها وان كان مقابلا لباب غيره وبه العمل ونحوه للمعلم محمد بن الرامى قائلا به العمل (واما) احداث الحانوت قبالة باب آخر يمنع منه ولو فى النافذة وهو كذلك لانه أشد ضررا لتكرار الواردين اليه قاله البرزلى ابن ناجى وبه العمل وقيل لا يمنع منه كالباب قال ابن رشد وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة قال ابن رحال فى شرحه المذهب فى الحانوت قبالة الباب المنع مطلقا بسكة نافذة أم لا ولفق ذلك فى بيتين نصهما

احداث حانوت لباب غيره * يمنع مطلقا الذى المنتبه
فى نافذ وغيره لما يرى * من علة قد فهمت بلا امترا

ومفهوم قبالة الباب انه اذا نكبه عن الباب جاز قال المتيطى ان الحانوت

لا تتخذ للتجارة قبالة باب جاره الامع التنكيب والامنع اهـ

* فصل وأما ضرر الاشجار * ما يثمر منها وما لا فهو على قسمين اما أن يكون الجدار سابقا على الاشجار أو العكس والى حكمه أشار بقوله

وكل ما كان من الاشجار * جنب جدار مبدى الانتشار

فان يكن بعد الجدار وجدا * قطع ما يؤذى الجدار ابدا

وحيث كان قبله يثمر * وتركه وان اضر الاشهر

فتحصل انه ان سبق البناء فيقطع كل ما يؤذيه وان تأخر البناء ففى المسئلة قولان قطع ما يؤذى وتركه والترك هو المشهور وأما من كانت له بارض غيره شجرة صغيرة ثم ارتفعت وانتشرت فأراد رب الارض قطع المنتشر فلا يجاب كما قال

وان تكن له بملك شجرة * أغصانها عالية منتشرة

فلا كلام عند ذا الجار لها * لا فى ارتفاعها ولا انتشارها

ولا حجة له فى منعها الشمس والريح كالبنيان يرفعه الجار فى ملكه (وأما) حكم الشجرة المغروسة فى ملك ربها اذا انتشرت على أرض جاره فيقطع منها ما انتشر كما قال

وكل ما يخرج عن هواه * صاحبه يقطع باستواه

ولكن المرتفعة فى أرضه على أرض جاره اذا أراد الطلوع عليها انذر جاره لئلا ينكشف على عوراته كما قال خليل وانذر بطلوعه ولما فرغ الكلام من أحكام الضرر الموجبة لمنعه اتبع بذكر ما يسقطه والحكم فيه ان من احدث عليه ضرر وسكت عشر سنين ونحوها ثم قام يطلب ازالته فلا كلام له كما أشار اليه بقوله

وعشرة الاعوام لامرئ حضر * تمنع ان قام بحدث الضرر

وذا به الحكم وبالقيام * قد قيل بالزائد فى الايام

أى اليسيرة كالعشرة وهذا كله حيث لم يكن له عذر فى ترك القيام وقيل

لا يحاز

لا يحاز الضرر وان طال وقيل يحاز مالا يتزايد بطول الزمان ولا يحاز ما يتزايد
ثم القول بحيازة المتزايد فهل تكفى فيه العشرة ونحوها كعدم المتزايد أم لا بد
من عشرين سنة قولان ومن رأى جاره يبنى وسكت ولم يقم من حينه
حتى فتح عليه أبوابا وشبابيك ونحو ذلك وبعد فراغ الجار من البناء أراد
القيام عليه ورفع الضرر الذى أحدثه عليه فله ذلك مع يمينه مالم تمض المدة
المتقدمة من يوم بنائه كما قال

ومن رأى بنيان ما فيه ضرر * ولم يقم من حينه بما ظهر
حتى رأى الفراغ من اتمامه * مكن باليمين من قيامه

ولا يمنع البانى قبل اتمام محله اذ لا يحكم على أحد بالمنع من التصرف فى ملكه
مع احتمال ادامة الضرر أو بطلانه لان من حجته أن يقول انى أريد الشئ
الذى لا يكون ضررا ثم ان بنى وفرغ من البناء وثبت الضرر فله القيام
حينئذ ثم ان باع البانى قبل قيام المحدث عليه الضرر أو بعد قيامه وقبل
الحكم بمنعه فالمشترى يقوم مقامه فى الخصام كما قال

وان يكن حين الخصام باعا * فالمشترى يخصم ما استطاعا

وهل يجوز هذا البيع أو لا يجوز لانه من بيع ما فيه خصومة فيه خلاف
أطال الحطاب الكلام فيه والمعول عليه ما هنا والله أعلم وأما ما ارتفع من
البناء والشجر فى أرض مالكه فلا كلام لجاره فى منعه الشمس والريح كما
قال ومانع الريح أو الشمس معا * لجاره بما بنى لن يمنعا
ولكنه اذا كان البانى قصد منفعة لا ان كان مجرى الضرر بجاره وما لم يكن
المبنى عليه أندر ونحوها كمرج القصار ومنشر المعاصير وجرين التمر والله أعلم

﴿الباب الخامس عشر فى اللقطة واللقيط﴾

وفيه ثمان مسائل ﴿الاولى﴾ فى حكم الالتقاط وهو مستحب وقيل مكروه
ويجب ان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين وقيل يستحب ان وثق الملتقط

بامانة نفسه و يكره ان خاف خيانة نفسه ويحرم ان علم خيانة نفسه ﴿المسئلة الثانية﴾ فى الملتقط وهو كل مال معصوم معرض للضياع كان فى موضع عامر أو غامر وسواء كان حيوانا أو جمادا على تفصيل فى ضول الحيوان وهو انه ان كان من الابل و وجد فى الصحراء لم يلتقط وان كان من الغنم التقطت واختلف فى التقاط البقر والخيل والبغال والحمير ﴿المسئلة الثالثة﴾ فى ضمان اللقطة وأخذها على ثلاثة أوجه ان أخذها واجدها على وجه الالتقاط لزمه حفظها وتعريفها فان ردها لموضعها ضمن عند ابن القاسم خلافا لاشهب وان أخذها على وجه الاغتيال فهو غاصب ضامن وان أخذها ليحفظها لمالكها أوليتأملها فهو أمين ولا ضمان عليه ان ردها لموضعها وان كان لا يعرف الوجه الا قصد باخذها الا من قوله فهو مصدق دون يمين الا ان يتهم وسواء أشهد حين التقطها أولم يشهد ﴿المسئلة الرابعة﴾ فى تعريف اللقطة و ينقسم ذلك الى أقسام (الاول) اليسير جدا كالثمرة فلا يعرف وهو لواجده ان شاء أكله أو تصدق به (الثانى) اليسير الذى ينتفع به و يمكن ان يطلبه صاحبه فيجب تعريفه اتفاقا واختلف فى قدره فقيل سنة كالذى له بال وقيل أياما (الثالث) الكثير الذى له بال فيجب تعريفه سنة باتفاق و ينادى عليه فى أبواب المساجد دبر الصلوات وفى المواضع التى يجتمع اليها الناس وحيث يظن ان ربه هنالك و يجوز أن يدفعها الواجد الى الامام ليعرفها ان كان عدلا أو يدفعها لمن يثق به ليعرفها أو يستأجر عليها من يعرفها (الرابع) مالا يبقى بيد الملتقط كالطعام الرطب أو ما يخشى عليه التلف كالشاة فى مفازة فيجوز لمن وجده ان يأكله غنيا كان أو فقيرا أو يتصدق به واختلف فى ضمانه فقيل يضمنه آكله أو يتصدق به وقيل لا تضمين فيهما وقيل يضمنه ان أكله لا ان تصدق به (الخامس) مالا يخشى عليه التلف و يبقى بيد ملتقطه كالابل فلا تؤخذ وان أخذت عرف بها ﴿المسئلة الخامسة﴾ لمن تدفع فان جاء صاحبها وأقام

عليها

عليها بينة دفعت له اتفاقا وان عرف عفاصها ووكاءها وعددها دفعت اليه
وليس عليه ان يقيم البينة عليها خلافا لهما واختلف فى الذهب هل عليه
يمين أم لا فان عرف العفاص والوكاء دون العدد أو العفاص دون الوكاء أو
الوكاء دون العفاص فاختلف هل تدفع له أم لا والعفاص هو ما تشد فيه
من خرقة أو نحوها والوكاء ما تشد به من خيط أو نحوه ﴿المسئلة السادسة﴾
اذا عرفها سنة فلم يأت صاحبها فهو مخير بين ثلاثة أشياء ان يمسكها امانة فى
يده أو يتصدق بها او يضمنها على كراهة فى ذلك وأجازه أبو حنيفة للفقير أى
الأكل دون غيره ومنعه الشافعى مطلقا هذا حكمها فى كل بلاد الامكة فقال
ابن رشد وابن العربى لا تملك لقطتها على الدوام قال صاحب الجواهر
المذهب انها كغيرها وقال ابن رشد أيضا لا ينبغى ان تلتقط لقطة الحاج للنهى
عن ذلك ﴿المسئلة السابعة فى اللقيط﴾ وهو الطفل المنبوذ والتقاطه من
فروض الكفاية فمن وجده وخاف عليه الهلاك لزمه أخذه ولا يحل له تركه
ومن أخذه بنية ان يربيه لم يحل له رده ولا ينتزع منه وأما ان أخذه بنية
ان يدفعه الى السلطان فلا شئ عليه فى رده الى موضع أخذه اذا كان
موضعا لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس واللقيط حر وولاؤه
للمسلمين ولا يختص به الملتقط الا بتخصيص الامام وقال قوم هو عبد لمن
وجده ونفقة اللقيط فى ماله وهو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو وجد
معهم فان لم يكن لهم مال فنفقته على بيت المال الا أن يتبرع أحد بالانفاق
عليه ومن أنفق عليه حسبة لم يرجع عليه بنفقته وان ادعى رجل ان اللقيط
ولده فاختلف هل يلحق به دون بينة أم لا ﴿المسئلة الثامنة﴾ من رد عبدا
آبقا فله أجرة مثله وان لم يشترط له شئ اذا طلب الاجرة وكان مثله ممن
يرد الاباق والله أعلم

﴿الباب السادس عشر فى الدماء والحدود والجنايات﴾

الجنايات الموجبة للعقوبة ثلاثة عشر وهى القتل والجراح والزنا

والقذف وشرب الخمر والسرقة والبغي والحرابة والزندقة والردة وسب الله والملائكة وسب الانبياء وعمل السحر وترك الصلاة والصيام وفى هذا الباب أبواب عشرة ومع انها ليست لها فى أبواب القضاء مالها من التعلق بولاة الجرائم لكن لما كان غالب ولاة الجرائم فى وقتنا ليسوا أرباب علم وانما ينالون الولايات بالوجاهة واختيار الجهلة من أهل القبائل ألحقناها بأبواب القضاء لان القضاء لا يمكن ان يتعاطاه الجهلة الصرف وهذا وجه المناسبة على انا قدمنا انه ينبغى للامام ان يسند مثل هذه الاحكام للقضاة العدول وبذلك يتسع نطاق الملك ويسعد الراعى والرعية اللهم أصلح الراعى والرعية بجاه خير البرية صلى الله عليه وسلم

﴿الباب الاول فى القتل وما يتعلق به﴾

قال تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقال وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الآية وقال وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والجروح قصاص وقال صلى الله عليه وسلم ان دماءكم واعراضكم وأموالكم عليكم حرام أو كما قال وحيث تقرر هذا فنقول اذا ثبت القتل وجب على القاتل القصاص فى العمد والدية فى الخطا وقد تجب عليه الكفارة أو التعزير وفى هذا الباب ثلاثة فصول

﴿الاول﴾ فى القصاص وفيه أربع مسائل الاولى فى صفة القتل وهو ثلاثة أنواع اثنان متفق عليهما وهما العمد والخطا وواحد مختلف فيه وهو شبه العمد فاما العمد فهو أن يقصد القاتل الى القتل بضرب بحجر أو مثقل أو محدد أو باحراق أو تغريق أو خنق أو سم أو غير ذلك ويجب فيه القود وهو القصاص وقال أبو حنيفة لا قصاص الا فى القتل بالحديد وقال فى التحفة

والقتل عمدا للقصاص موجب * بعد ثبوته بما يستوجب

وأما الخطا فهو ان لا يقصد الضرب ولا القتل مثل لو سقط على غيره فقتله أو رمى صيدا فاصاب انسانا فلا قصاص فيه وفيه الدية وهو العقل كما قال

وتجب الدية فى مثل الخطا * والابل التخميس فيها قسطا
تحملها عاقـــلة القاتل * وهى القرابة من القبائل

أراد به طبقات العرب الست بدليل قوله بعد الادنى فالادنى فيبدأ بالشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفصيلة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل فان لم تكن عصـبة فموال فان لم تكن فبيت مال ان كان الجانى مسلما فان كان ذميا فاهل اقليمه من أهل دينه ويضم الاقرب من كورهم ولو كان من أهل الصلح فاهل ذلك الصلح قال فى التوضيح ماحاصله البداية بالاقرب فالاقرب فان لم يكن شئ من ذلك عادت الدية على الجانى على المشهور ومن انه يدخل معهم وعلى مقابله تقسط قاله ابن عرفة ونقله فى الحطاب وقيل هدر وقيل على القتيل وبه أفتى أبو الوليد راشد ويدل له قول ابن القاسم فى المعاهد اذا قتل أحدا ان الدية فى ماله لانه لاعاقلة له ثم ان العاقلة لاتحمل الا ماثبت بالبينة كما قال

حيث ثبوت قتله بالبينـــه * أو بقسامة له معينـــه
يدفعها الادنى فالادنى بحسب * أحوالهم وحكم تنجيم وجب

واختلف فى قدرها فعن سحنون حد العاقلة سبعمائة وعنه فى البيان اذا كانت العاقلة خمسمائة أو ألفا فهم قليل يضم اليهم أقرب القبائل خليل وهل حدها سبعمائة أو الزائد على ألف قولان تدفع منجمة فى ثلاث سنين تحل بأواخرها من يوم الحكم فى كل سنة ثلث ثم يدفعها الموسر دون المعسر كما قال من موسر مكلف حر ذكر * موافق فى نحلة وفى مقر
ولا دخول لبدوى مع حضرى ولا شامى مع مصرى ثم ان العاقلة لاتحمل أقل من ثلث الدية كما قال

وكونها من مال جان ان تكن * أقل من ثلث بذا الحكم حسن

كما ان العاقلة لاتحمل دية المعترف وهو مفهوم من قوله قتله بالبينة وصرح به فى قوله

كذا على المشهور من معترف * تؤخذ أو من عامد مكلف

ولا تحمل العاقلة أيضا العمد اذا كان القاتل مكلفا وأما الجنين تضرب أمه فتلقيه ميتا وهى حية فعلى فاعل ذلك عبدا او وليدة ولا حد لسن العبد أو الوليدة وقال

وفى الجنين غرة من ماله * أو قيمة كالارث فى استعماله

ولو تعدد الجنين تعددت الغرة وظاهر قول مالك ان الجانى بالخيار بين ان يدفع العبد أو الوليدة أو يغرم عشر الدية التى لامه من ذهب أو ورق وهذا فى الجنين الحر ولو من أمة المسلم أو زوجته الكتابية فان ألقته حيا واستهل صارخا فالدية وان تعمد الضرب فى هذا فى الظهر أو البطن ففى القصاص خلاف ثم الدية قد تكون مغلظة وهى ان تثلث فى الابل من ثلاثة أصناف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة أى حوامل وذلك فى شبه العمد كما فعل عمر رضى الله عنه فى المدلجى الذى حذف ابنه بالسيف فمات فأخذها عمر رضى الله عنه ودفعها الاخى المقتول ولم يأخذ القاتل شيأ وقال رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس للقاتل شئ رواه فى الموطا والحكم فى التغليظ على أهل العين ان تقوم الدية المغلظة وتقوم غير المغلظة وينظر قدر الفرق فيقال مثلا قيمة غير المغلظة ألف دينار والمغلظة ألف ومائتان فيدفع الالف والمائتان كما قال

وغلظت فثلثت فى الابل * وقومت بالعين فى القول الجلى

وقيل لا تغلظ الا فى الابل وتغلظ الدية على الآباء والامهات دون غيرهم وقيل والاجداد والجدات كما قال

وهى بالآباء والامهات * تختص والاجداد والجدات

وهذا كله فى العمد الذى لا يقتلون به كما لو جرحه بحديدة فمات ولذلك لا يرث من دية ولا غيرها ويقتل غير المذكورين لان غيرهم لا يقبل منه ان لم يرد القتل بخلاف ما لو ذبح ابنه أو شق بطنه أو حز يده أو اعترف بقصد

القتل

القتل اقتص منه وقال أشهب لا يقتص من الاب بحال ﴿تنبيه﴾ قال التاودي والمغلظة في مال الجاني حالة لا على العاقلة ولا منجمة لانها من العمد وسمي شبه العمد عمدا لانه يقبل فيه قول الجاني انه لم يرد القتل كالزوج والمعلم ممن أذن له في الادب وكالمتصارعين والمتلاعبين وكالوكزة واللطمة والآلة التي لا تقتل وشبه العمد المشهور أنه كالعمد وقيل كالخطا وقيل تغلظ فيه الدية كما ذكرنا وفاقا للشافعي ﴿المسئلة الثانية﴾ في صفة القاتل فلا يقتص منه الا اذا كان عاقلا بالغا فلا يقتص من صبي ولا مجنون وعمدهما كخطئهما والى ذلك أشار بقوله * من اعتراف ذي بلوغ عاقل * طائع انه قتل فلا الا الصبي أو مجنون أو مكره وأما السكران فيقتص منه والى أحكامه أشار ابن عاشر بقوله

لا يلزم السكران اقرار عقود * بل ما جنا عتق طلاق وحدود

وأما المأمور بالقتل فان أمره من تلزمه طاعته فهو المكره كالسلطان أو السيد فيقتص من الآمر والمأمور وقال أبو حنيفة وابن حنبل يقتص من الآمر دون المأمور وقال أبو يوسف لا يقتص من واحد منهما وان أمره من ليس كذلك فيقتص من القاتل دون الآمر وقال قوم يقتلان معا ومن أمسك انسانا لآخر حتى قتله قتلا جميعا وقال الشافعي يقتل القاتل وحده ويعزر الممسك ﴿المسئلة الثالثة﴾ في صفة المقتول ولا يقتص له الا اذا كان دمه مساويا لدم القاتل أو أعلى منه ولا يقتص للادنى من الاعلى واعتبار ذلك بوصفين وهما الاسلام والحرية كما قال

والقود الشرط به المثلية * في الدم والاسلام والحرية

فاما الاسلام فيقتل المسلم بالمسلم والكافر بالكافر سواء اتفقت أديانهما أو اختلفت ويقتل الكافر بالمسلم ولا يقتل المسلم بالكافر الا ان قتل الذمي قتل غيلة وقال أبو حنيفة يقتل المسلم بالذمي وأما الحرية فيقتل الحر بالحر والعبد بالعبد ولا يقتل الحر بالعبد ولكن يغرم قيمته ما بلغت

وقال أبو حنيفة يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال النخعي وداود يقتل بعبده وعبد غيره واذا اقتل العبد حرا فيسلمه سيده لأولياء المقتول فان شاؤا اقتلوه وان شاؤا احيوه فان اختار واحياته فسيده بالخيار ان شاء تركه عبدا لهم وان شاء افتكه منهم بالدية ولا تعتبر المساواة في الذكورية ولا في العدد عند الاربعة بل يقتل الرجل بالرجل والمرأة بالمرأة ويقتل الرجل بالمرأة خلافا للحسن البصري وتقتل المرأة بالرجل وكذا يقتل الواحد بالواحد وكذا تقتل الجماعة بالجماعة وتقتل الجماعة بالواحد خلافا للظاهرية واليه أشار

وقتل منحط مضي بالعال * لا العكس والنساء كالرجال

﴿فرع﴾ لو قتل عبد مثله ثم أعتق أو كافر مثله ثم أسلم لم يسقط القصاص ثم قال * والشرط في المقتول عصمة الدم * احترازا من المرتد والزاني المحصن وقاتل الغيلة فلا يقتص من قاتلهم ولكن عليه الادب لافتياته على الامام ثم قال * زيادة لشرطه المستقدم * من ثبوت القتل عمدا وكون القاتل مكافئا غير زائد على المقتول بحرية أو اسلام حين القتل ولابد من زيادة شرط آخر وهو ان لا يكون حربيا فلو قتل الحربي مسلما وأكثر ثم أسلم لم يقتل لان الاسلام يجب ما قبله ﴿المسئلة الرابعة﴾ ويقتل القاتل بالقتلة التي قتل بها من ضربة بحجر أو حديد أو خنق أو غير ذلك وقال أبو حنيفة لا قصاص الا بالحديد واختلف هل يقتل بالنار أو بالسم اذا كان قتل بهما أم لا ثم ان القصاص لا يجب الا بعد ثبوته بالبينة أو بالاعتراف وأما ان كان بالقسامة فلا يقتل القاتل الا بالسيف وتجب القسامة وهي خمسون يمينا كما يأتي صفة حلفها ولا يمكن منها الولي الا باللوث وهو أمر ينشأ عنه غلبة الظن بصدق المدعي وبشهادة الكثير غير العدول وهو اللفيف ولا يعذر فيهم لانه مدخول على انهم ليسوا بعدول ومالك يوجب القسامة بشاهد واحد غير عدل الا انه مستور الحال وتجب

ايضا

أيضا بقالة الجريح المسلم ان فلانا ضربه ثم مات من ذلك الضرب يشهد بذلك عدلين ومن شرط الجريح التمييز قال التاودى ولا حاجة لاشتراطه لفهمه من قوله البالغ وليس كذلك اذ قد يكون بالغا وأثقله الجرح حتى غاب عن التمييز وتجب القسامة أيضا اذا وجد اللفيف أو الشاهد غير العدل مع القتيل شخصا ومعه آثار القتل كسيف ونحوه مصلت بيده والى هذه الموجبات أشار بقوله

وباللوث تجب * وهو بعدل شاهد عاطاب

أو بكثير من لفيف الشهدا * ويسقط الاعذار فيهم أبدا

ومالك فيما رواه أشهب * قسامة بغير عدل يوجب

أو بعقالة الجريح المسلم * البالغ الحر فلان بدم

يشهد عدلان على اعترافه * وصفة التمييز من أوصافه

أو بقتيل معه قد وجدا * من أثر القتل عليه قد بدا

ثم صفة القسامة خمسون يمينا يحلفها الذكور دون الاناث بعد ثبوت موت المقتول وولاية العصبة وانهم المستحقون لدمه ويحلفون على البت لا على نفى العلم وان أعمى أو غائبا وذلك لان أسباب العلم تحصل بالسماع والخبر كما تحصل بالمعاينة فيعتمد كل واحد منهم على ذلك ويبت اليمين والى ذلك أشار بقوله وهى خمسون يمينا وزعت * على الذكور ولا نثى منعت

بعد ثبوت الموت والولات * ويحلفونها على البتات

وصفة اليمين فى الضرب لقد ضربه ومن ضربه مات فى كل يمين من الخمسين ثم اذا نكل الاولياء عن اليمين تقلب على المدعى عليه وان كانوا جماعة كما قال

وتقلب الايمان مهما نكلا * ولى مقتول على من قتلا

ولا بد من حلف الايمان من تعدد الذكور الورثة كما قال

ويحلف اثنان بها فما علا * ثم ان القسامة لا يقتل بها الا واحد كما قال

وغير واحد بها لن يقتلا * خلافا للمغيرة قال فى التوضيح فان قال دمى

بنى فلان المشهور ان القسامة لا تكون الا على معين وهو الذى يريدون قتله يقسمون عليه لمن ضربه مات ولا يقولون من ضربهم هذا قول ابن القاسم وقال أشهب يخيرون بين ذلك وبين ان يقسموا على جميعهم ثم يختاروا واحدا للقتل قال فى التوضيح وفيه نظر لانه ترجيح بلا مرجح قال التاودى وكذلك الاول ثم القسامة لا تكون الا فى قتل الحر المسلم المحقق الحياة كما قال

وليس فى عبد ولا جنين * قسامة ولا عدو الدين

﴿فروع﴾ اذا وجب القصاص فللاولياء المقتول ان يعفوا على ان يأخذوا الدية برضا القاتل فى المشهور وقيل لا يعتبر رضاه وفاقا للشافعى وابن حنبل وعلى ان لا يأخذوا شيأ وقال

وان ولى الدم للمال قبل * والقود استحقه فيمن قتل

فأشهب قال بالاستحياء * يجبر قاتل على الاعطاء

وليس ذا فى مذهب ابن القاسم * دون اختيار قاتل بلازم

﴿تنبيهات * الاول) اذا وجب القصاص فللاولياء المقتول ان يعفوا على الدية (الثانى) اذا سقط القصاص عن قاتل العمد بعفو المقتول أو بعض العصبة سقط القصاص ولا اعتبار بعدم عفو الباقى خلافا للشافعى ويجوز عفو البكر والسفيه واختلف فى الجراح كما قال

وعفو بعض مسقط القصاص * مالم يكن من قعدد انتقاص

فلا يجوز عفو العم مع وجود الاخ وقس كما أفاده الشطر الاخير وان عفا المقتول خطأ عن الدية كان فى ثلثه الا ان يجيزه الورثة (الثالث) لا يجوز العفو عن القاتل غيلة والحرابة لان القتل فيهما حد من حدود الله كما قال

والعفو لا يغنى من القرابة * فى القتل بالغيلة والحرابة

والغيلة القتل على وجه المخادعة والحيلة كالكمين ونحوه والحرابة مقاتلة الامام فان عفا الاولياء فيجب على الامام (الرابع) يجرى القصاص

بين

بين الاقارب كما يجرى بين الاجانب وتقدم تخصيص حكم الاب (الخامس) اذا كان فى الاولياء صغار وكبار فللا كبر القود ولا ينظر الى بلوغ الصغار خلافا للشافعى ثم تتنوع الدية الى ثلاثة أنواع دية الخطا ودية العمد اذا عفى عنه ودية الجنين وقد تقدم بعض الكلام ونزيده هنا ايضاحا فنقول اما دية الخطا فهى مائة من الابل على أهل الابل وألف دينار على أهل الذهب واثنا عشر ألف درهم على أهل الورق وهذه دية المسلم الذكر وأما اليهودى والنصرانى والذمى فديتهم نصف دية المسلم وقال الشافعى ثلث دية المسلم وقال أبو حنيفة مثل دية المسلم وأما المرأة المسلمة فديتها نصف دية المسلم اتفاقا وأما دية اليهودية والنصرانية فهى فى المذهب نصف دية اليهودى والنصرانى ودية الجنين عبد أو وليدة سواء كان ذكرا أو أنثى وسواء تم خلقه أو لم يتم اذا خرج من بطن أمه ميتا ولا يقتل بالجنين فى العمد لان حياته غير معلومة وقال الشافعى لا دية فيه حتى يتم خلقه فان ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فلا شئ فيه خلافا لاشهب وان ماتت الام ولم ينفصل فلا شئ فيه ودية الجنين فى مال الجانى كما تقدم وقال الشافعى وأبو حنيفة على العاقلة وهى موروثة عن الجنين على الفرائض عند الثلاثة وقال ربيعة تكون لامه خاصة وأما دية العمد فهى غير محدودة فتجوز بما يقع الرضا عليه من قليل أو كثير فان انبهمت كانت مثل دية الخطا ويؤدى دية الخطا عاقلة القاتل كما تقدم نظما ونثرا ﴿بيان﴾ انما تؤدى العاقلة الدية بثلاثة شروط وهى ان تكون الثلث فاكثر وقال ابن حنبل تؤدى القليل والكثير وان تكون عن دم احترازا من قيمة العبد وان تكون عن خطا والرابع ان تثبت ببينة لا باعتراف القاتل وانما يؤديها من كان ذكرا عاقلا موسرا موافقا فى الدين والدار وتوزع عليهم حسب حالهم فيؤدى كل واحد مالا يضر به ويبدأ بالاقرب فالاقرب

﴿فصل﴾ يجب على قاتل الخطا الكفارة مع الدية وهى تحرير رقبة

مؤمنـة كاملة سالمة من العيوب فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ولا اطعام فيها ولا كفارة في العمد خلافا للشافعي وتستحب في قتل الجنين خلافا لابي حنيفة وأوجبها الشافعي ولا كفارة في قتل عبد ولا كافر الا انها تستحب في قتل العبد وأما صفة الحلف في القسامة فهي ان يحلف أولياء الدم الذكور كما تقدم خمسين يمينا توزع عليهم في المسجد الاعظم في البلد بعد الصلاة عند اجتماع الناس كما تقدم فيجب بها القصاص في العمد والدية في الخطأ وفاقا لابن حنبل وقال الشافعي وأبو حنيفة انما تجب الدية ولا يراق بها دم وقال عمر بن عبد العزيز لا يجب بها شئ (وأما شروط القسامة) فلا بد من ان يكون مسلما وان يكون حرا والثالث اللوث كما تقدم ومن اللوث ان يحصل المقتول في دار مع قوم فيقتل بينهم أو يكون في محلة قوم أعداء ﴿تتميم﴾ من اللوث عند مالك وأصحابه التدمية في العمد كما تقدم في قوله أو بقالة المجروح المسلم البيت سواء كان المدعي عدلا أم مسخوطا ووافقه الليث بن سعد في القسامة بالتدمية وخالفهما سائر العلماء واختلف في المذهب في كون التدمية في الخطأ لوث على قولين وفهم من قولهم المجروح ان مقالة الذي لا جرح فيه ولا أثر ضرب ولا انه يتقيأ دما أم يتنخم دما لا تقبل وهو كذلك على المعمول به كما اعتمده خليل وعليه فلا يسجن المدعى عليه قبل موت المدعي لانه قد يتهم أن يكون أراد سجنه بدعواه فان مات سجن وقال ابن رحال المذهب قبول التدمية البيضاء لانه مذهب المدونة كما صرحوا به وبعضهم يقول هو ظاهر المدونة وقال ابن مرزوق هو الراجح عقلا ونظرا قال وهو الذي ينبغي للقاضي أن يفتي به ثم قال ومدارها على غلبة الظن بصدق المدعي كما قاله الشاطبي ألا ترى اذا غضب شرير شأنه الفتك على صالح لاجل شهادة عليه مثلا فقال الصالح دمي عند فلان فانه يقتل به لان الغالب على الصالح انه لا يكذب عليه اهـ من البهجة ثم ذكر دلائل على قبولها ويقتص من المدعى عليه ويقوى قول الناظم . ومالك فيما رواه

أشهب الخ ثم قال (وكيفية) وثيقة التدمية عاين شهيداه يوم تاريخه فلانا وبرأسه أو يده أو جسده جرح مخوف مما لا يفعله المرء بنفسه أو أثر ضرب أو يتقيأ سما أو يتنخم دما أو بجسده ورم وأشهدهم ان فلانا أصابه بذلك عمدا أو خطأ أو ان مملوك فلان أصابه بأمر سيده فلان وتحريضه عليه وقوله له اضرب اضرب اقتل اقتل وانه يجد من ذلك ألم الموت فمتى قضى الله بوفاته ففلان المؤاخذ بدمه أو فلان ومملوكه المؤاخذ به اشهدا صحيحا عارفا قدره الخ يعني وهو في صحة عقله وثبات ميزه ومرض من ألم الجرح وطوع وجواز وعرفه وعرف المدعى عليه وفي تاريخ كذا واختلف فيمن قرانه قتل خطأ فالدية عليه في ماله وقيل على عاقلته بعد ان يقسم أولياء المقتول على قول القاتل وقيل لا شيء عليه ولا عاقلته وهو بعيد

﴿الباب الثاني في الجراحات﴾

وهي على نوعين الاول الجرح والثاني قطع عضو وازالة منفعة ففي الباب فصلان الاول في الجرح وفيه مسئلتان ﴿الاولى﴾ في أسماء الجراح وهي عشرة الدامية وهي التي تدمي الجلد ثم الحارصة بالحاء والصاد المهملتين وهي التي تشق الجلد ثم السمحاق وهي التي تكشط الجلد ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع ثم الملطاة وهي التي يبقى بينها وبين العظم ستر رقيق ثم الموضحة وهي التي توضح العظم وتظهره ثم الهاشمة وهي التي تكسر العظم فيظهر العظم مع الدواء ثم المأمومة وهي التي تصل الى أم الدماغ وهي مختصة بالرأس ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وهي مختصة بالجسد ﴿المسئلة الثانية﴾ في الواجب في الجراح فلا يخلو اما أن يكون خطأ أو عمدا كما قال * جل الجراح عمدها فيه القود * فان كان خطأ فلا قصاص فيه ولا أدب وانما فيه الدية كما قال * ودية مع خطر فيها افتقد * * وفي جراح الخطا الحكومه * ففي الموضحة نصف عشر الدية وهي خمس

من الابل وفى الهاشمة عشر الدية وهى عشرة وقيل حكومة وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر وفى المأمومة والجائفة ثلث الدية وماقبل الموضحة فليس فيها دية معلومة كما أشار الى ذلك بقوله

* فنصف عشر دية فى الموضحة *

فى رأس أو وجه كذا المنقله * عشر بها ونصف عشر معدله

فى الموضعين مطلقا وهى التى * كسر فراش العظم قد تولت

* وعشر ونصفه فى الهاشمه *

وقيل نصف عشر أو حكومه * وثلث الدية فى المأمومه

وما انتهت للجوف وهى الجائفه * كذاك الاولى للدماغ كاشفه

ولاجتهاد حاكم موكول * فى غيرها التأديب والتنكيل

وجعلوا الحكومة التقويما * فى كونه معيبا او سليما

وماتزيد حالة السلامه * يأخذه ارشا ولاملامه

تنبيه تقدم مايثبت به القتل عمدا أو خطأ وأما الجراح فتثبت به الحقوق المالية المقدم ذكرها كما قال

ويثبت الجراح للمال بما * يثبت مالى الحقوق فاعلما

تنبيه ثان وهذه احدى المستحسنات التى استحسنها مالك ولم يسمع فيها شيأ من غيره (ثانيها) شفعة الثمار المشار لها بقول خليل فى الشفعة وكثمرة ومقاثئ الخ (ثالثها) شفعة الاشجار المشار اليها بقول خليل فى الشفعة أيضا وكشجر وبناء بارض حبس أو معير الخ (ورابعها) أنملة الابهام ففيها نصف دية الاصبع استحسانا *تنبيه ثالث* تلزم ولى المقتول اليمين ان ادعى ان القاتل عفا عنه والمجروح كذلك فان حلف أخذ وان نكل حلف المدعى عليه وبرأ كما قال خليل وللقاتل الاستحلاف على العفو واستشكل من وجهين الاول انه دعوى تبرع والثانى ان العفو لايثبت الا بعدلين وحاصل الجواب توجهها هنا العلة بنكل فيكون من باب قوله عليه السلام

ادرؤا الحدود بالشبهات والى هذا أشار بقوله

وفي ادعاء العفو من ولي ادم * أو من جريح اليمين تلتزم

واذا علمت ما يجب فيه الدية وقدرها وان الحكومة يقوم فيها المجروح سالما من عثل الضربة ويقوم بالعثل لو كان عبدا في الحالين فما كان بين القيمتين يعني من قيمته سالما فما كان بين الفرق بين القيمتين كان له وهذا اذا برئت على عيب فان برئت على غير عثل فلا شئ فيها خطأ وأما عمدا ففيها القصاص والوصول الى المعرفة بان يقيس أهل الطب والمعرفة طول الجرح وعرضه وعمقه ويشقون مقداره في الجارح ويجب القصاص في الجرح ما لم يخف الموت على الجاني فان خيف الموت أو يؤدي الى أكثر مما فعله الجاني فلا كما قال

وقود في القطع للاعضاء * في العمد ما لم يفض للفناء

وذلك كالمأمومة والجائفة وانما فيهما الدية فاستوى فيهما العمد والخطأ واختلف هل فيهما الدية على الجاني أو على عاقلته *تنبيه* لا يقتص من الجاني حتى يندمل الجرح خلافا للشافعي لئلا يفضي الى الموت فيحصل القصاص بالقتل لا بالجرح

الفصل الثاني في قطع الاعضاء فان كان عمدا ففيه القصاص الا ان يخاف التلف كما مر وان كان خطأ ففيه الدية وهي تختلف ففي كل زوج من البدن دية كاملة وفي الفرد نصف الدية وذلك العينان والاذنان والشفتان واليدان والرجلان والانثيان وثديا المرأة وفي الانف وفي اللسان وفي الذكر الدية كاملة وفي السن خمس من الابل وفي كل أصبع عشر من الابل وتجب الدية كاملة في ازالة العقل والسمع والبصر والشم والنطق والصوت والذوق وقوة الجماع والقدرة على القيام والجلوس ففي كل فرد من هذه الافراد دية كاملة فان زال بعض المنافع فعليه حساب ما نقص فان زال سمع الاذن الواحدة أو بصر العين الواحدة فعليه نصف

الدية وفى عين الاعور دية كاملة وقال الشافعى وأبو حنيفة نصف الدية والى هذا كله الاشارة بقوله

وقود فى القطع للاعضاء * فى العمد ما لم يفض للفناء

كما تقدم ثم قال

والخطأ الدية فيه تقتفى * بحسب العضو الذى قد تلفا
ودية كاملة فى المزدوج * ونصفها فى واحد منه انتهج
وفى اللسان كملت والذكر * والانف والعقل وعين الاعور
وفى ازالة لسمع أو بصر * والنصف فى النصف وشم كالنظر
والنطق والصوت كذا الذوق وفى * اذهاب قوة الجماع ذا اقتفى
وكل سن فيه من جنس الابل * خمس وفى الاصبع ضعفها جعل

تنبيه تتعدد الدية بتعدد الجنايات ولو من فعل واحد كضربة أذهبت سمعه وبصره أو أنثييه وذكره الا المنفعة بمحلها كذهاب الانف مع الشم أو البصر مع العين فدية واحدة وكاذهاب العقل بدامغة ان قلنا ان محله الرأس وهو قول عبد الملك وأبى حنيفة وأكثر الفلاسفة وقيل محله القلب وهو قول مالك وأكثر أهل الشرع وعليه فالواجب دية وثلث *فروع الاول* دية جراح المرأة كدية جراح الرجل فيما دون ثلث الدية الكاملة فاذا بلغت الثلث أو زادت عليه رجعت الى نصف دية الرجل فعلى هذا فى ثلاثة أصابعها ثلاثون من الابل وفى أربعة أصابعها عشرون بحيث لما عظمت مصيبتها نقصت ديتها كما قال

ودية الجروح فى النساء * كدية الرجل باستواء
الا اذا زادت على ثلث الديه * فالهامن بعد ذاك تسويه

(الثانى) تجب حكومة فى كسر الضلع والترقوة وقطع اليد الشلاء وفى شعر اللحية وفى اشقاق الاذنين وفى جفن العين (الثالث) من اطلع على رجل فى بيت ففقأ عينه بحصاة أو غيرها فعليه القصاص خلافا للشافعى (الرابع)

من

من أتلف عضوا على وجه اللعب فاختلف هل يقتص منه أم لا (الخامس) دية الخطا فى الجراح فى مال الجانى ان كانت ثلث الدية الكاملة فان كانت أكثر من الثلث فهى على العاقلة وقال الشافعى تحمل العاقلة القليل والكثير وقال أيضا لا تحمل عمدا ولا اعترافا (السادس) يشترط فى القصاص فى الجراح ما يشترط فى القصاص فى النفوس من العمد وكون الجانى بالغا عاقلا ومكافيا دم المجروح دم الجارح فى الدين والحرية كما قدمنا فى باب القتل (السابع) أجرة الحجام وشبهه ممن يتولى فعل القصاص على المقتص له وقال الشافعى على المقتص منه ﴿قلت﴾ وهو الذى يتعين فى زماننا فى ربعنا لا تقوم الدية باجرة الطبيب والدواء لتعصب المتطببين فان مات المقتص منه فى الجراح فلا شئ على المقتص وعليه أجرة الطبيب فى تركته وقال أبو حنيفة على المقتص له الدية (الثامن) لا قسامة فى الجراح وانما تثبت بالاعتراف أو البينة ﴿تنبيه﴾ فى البهجة اذا عفا المجروح عن جرحه أو صالح ثم مات منه فلورثته ان يقسموا لمن ذلك الجرح مات و يقتصوا فى العمد و يأخذوا الدية فى الخطا وسواء صالح عنه وعن ما يؤول اليه أو عنه فقط على المعتمد خلافا لما اقتصر عليه فى ابن سلمون من انه لا قيام انظر خليل وشراحه فى الصلح اه بخ ﴿تنبيهات الاول﴾ لا قصاص فى ضربة أو لطمة على الخدين بباطن الراحة اذا لم ينشأ عنها جرح أو ذهاب معنى كالبصر والا فيقتص وانما لم يقتص اذا خلت مما ذكر لعدم انضباطها (الثانى) لا قصاص فى الضرب بالعصا حيث لم ينشأ ما ذكر بخلاف الضربة بالسوط ففيها القصاص كما فى الحطاب لانضباطه واذا لم يقتص من اللطمة والضرب والعصا فلا اشكال ان الفاعل يؤدب كما يؤدب من سل سيفه على أحد ولو على وجه المزاح (الثالث) يؤدب من دعى الى الحاكم ولم يجب (الرابع) يؤدب من قبل امرأة كرها ولابى العباس سيدى أحمد بن القاضى ما نصه

ومن نضى سيفه يوما على أحد * فالاربعون له ان للقتال نضى
والسيف يروى لبيت المال مصرفه * وقيل يقتل والحكم بذاك مضى
ومن نضاه على وجه المزاح فقد * جفاو يضرب عشرا حكمه فرضا
والاربعون اذا مادعوة كسرت * لقاض أوحاكم للمسلمين قضى
من قبل امرأة يوما وأكرهها * يزداد عشرا كما ان كان منها رضا

(الخامس) الحامل الجانية لا يقتص منها الا بعد وضعها (السادس) يجب تأخير القصاص لزوال حر أو برد مفرطين لئلا يموت اذا اقتص منه فيهما فيؤدى الى قتل النفس بمادونها (السابع) الجانى اذا دخل المسجد الحرام أو الحرم النبوى وغيرهما من المساجد والزوايا والاضرحة أو كان محرما بحج أو عمرة فانه يخرج ولا يؤخر الى فراغ نسكه بل يقتص منه قبل فراغه وسواء فعل ما يوجب الحد أو القصاص قال ابن عرفة لا يحل ايواء الظلمة والجناة الهاربين الى الزوايا قائلا الا ان يعلم انه يتجاوز فيهم فوق ما يستحقون اه من البهجة وذكر عقبه فيها كلاما عن الفاسى وغيره فراجعه ان شئت (وحاصله) انهم يخرجون لاقامة الحد اتباعا للحديث والكتاب والاجماع

الباب الثالث فى جنايات العبيد

وجناية العبيد ثلاثة أنواع (الاول) جناية العبد على مثله (الثانى) جنايته على الاحرار (الثالث) جنايته على الاموال فاما جنايته على مثله فلا يخلو اما ان تكون عمدا أو خطأ أو الحكم ان سيد العبد الجانى مخير بين ان يسلمه بجنايته لسيد العبد المجنى عليه أو يفتكه بقيمة العبد المجنى عليه فى القتل وبما نقص الجرح منه فى الجرح وان لم ينقص الجرح شئ فلا شئ عليه وأما ان كان عمدا فان سيد العبد المقتول أو المجروح مخير بين ان يقتص أو يأخذ العبد الجارح الا ان يشاء سيده ان يفتكه بقيمة المقتول أو ما نقص الجرح من المجروح وقال أبو حنيفة لا قصاص بين العبيد فيما دون النفس وقال الحسن البصرى لا قصاص بينهم فى النفوس ولا فيما دونها وأما

جناياتهم على الاحرار فان كانت فى النفس وكانت خطأ فسيد القاتل مخير بين ان يسلمه أو يفتكه بالدية وان كانت عمدا فقد تقدم حكمها فى باب القتل وان كانت الجناية على الاحرار فيما دون النفس فسواء كان الجرح عمدا أو خطأ لان العبد لا يقاد من الحر بالجراح فيخير سيد العبد الجارح بين ان يسلمه أو يفتكه بدية الجرح وأما جناياتهم على الاموال فسواء كانت لحر أو عبد فذلك فى رقبته يخير سيده بين ان يسلمه بما استهلك من الاموال أو يفتكه بذلك وسواء كان المستهلك مثل قيمته أو أقل أو أكثر وهذا فى الاموال التى لم يؤتمن العبد عليها وأما ما ائتمن عليه بعارية أو كراء أو وديعة أو اجارة فذلك فى ذمة العبد لا فى رقبته

﴿الباب الرابع فى حد الزانى﴾

وفيه ثلاثة فصول ﴿الاول فى شرط الحد﴾ ولا حد على الزانى والزانية الا بشروط منها متفق عليه ومنها مختلف فيه وهى عشرة (الاول) ان يكون بالغا (الثانى) ان يكون عاقلا فلا يحد الصبى ولا المجنون باتفاق وان زنى عاقل بمجنونة أو مجنون بعاقلة حد العاقل منهما (الثالث) ان يكون مسلما فلا يحد الكافر ان زنى بكافرة خلافا للشافعى ويؤدب ان أظهره وان استكره مسلمة على الزنا قتل وان زنى بها طائعة نكل وقيل يقتل لانه نقض للعهد (الرابع) ان يكون طائعا واختلف هل يحد المكره على الزنا قال القاضى عبد الوهاب ان انتشر قضيبه حتى أولج فعليه الحد وقال أبو حنيفة ان أكرهه السلطان حد ولا تحد المرأة اذا أكرهت أو اغتصبت (الخامس) ان يزنى بآدمية فان أتى بهيمة فلا حد عليه خلافا للشافعى ولكنه يعزر ولا تقتل البهيمة خلافا للشافعى (السادس) أن تكون ممن يوطأ مثلها فان كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فلا حد ولا تحد المرأة اذا كان الواطئ غير بالغ (السابع) ان لا يكون الوطء بشبهة فان كان بشبهة سقط الحد مثل من يظن فى المرأة انها زوجته أو مملوكته فلا يحد خلافا لابى حنيفة أو ان يكون

نكاحا فاسدا أو مختلفا فيه كالنكاح بدون ولي أو بغير شهود اذا استفاض واشتهر فان كان فاسدا باتفاق كالجمع بين الاختين ونكاح خامسة ونكاح ذوات المحارم من النسب والرضاع أو تزوج في العدة أو ارتجع من ثلاث دون زوج غيره أو شبه ذلك فيحد في ذلك كله الا ان يدعي الجهل بتحريم ذلك ففيه قولان ولا يحد من وطئ أمته المتزوجة أو المشتركة بينه وبين غيره أو أمة أحلت له أو أمة ولده أو أمة عبده للشبهة وان كان ذلك كله حراما (الثامن) ان يكون عالما بالتحريم للزنا فان ادعى الجهل به وهو ممن يظن به ذلك ففيه قولان لابن القاسم وأصبغ (التاسع) ان تكون المرأة غير حربية فان كانت حربية حد عند ابن القاسم خلافا لابن الماجشون وكذا ان كانت من المغنم حد عند ابن القاسم خلافا لاشهب (العاشر) ان تكون المرأة حية ويحد واطئ الميتة في المشهور ﴿فرع﴾ يحد من زنى بمملوكة والده وعليه غرم قيمتها ويحد من وطئ مملوكة زوجته وقال ابن حنبل لا يحد وقال قوم انما عليه تعزير ولا يحد عند أبي حنيفة من وطئ أجيرته خلافا لجميع العلماء ولا يحد من وطئ أمة له فيها نصيب خلافا لابي ثور

﴿الفصل الثاني في مقدار الحد﴾ وهو أربعة أنواع (الاول) الرجم بالحجارة حتى يموت وذلك للحر المحصن والمرأة المحصنة ان لم تتزوج ويطأها زوجها فيحصنها ﴿فروع الاول﴾ للاحصان المشترط في الزوج خمسة شروط العقل والبلوغ والحرية والاسلام وتقدم الوطء بنكاح صحيح وهو ان يتقدم للزاني والزانية وطء مباح في الفرج وبتزويج صحيح فلا يحصن زنا متقدم ولا وطء فيما دون الفرج ولا وطء بنكاح فاسد أو شبهة ولا وطء في صيام أو حيض أو اعتكاف أو احرام ولا وطء في نكاح في الشرك ولا عقد نكاح دون وطء ويقع الاحصان بمغيب الحشفة (واعلم) ان مغيب الحشفة يوجب الحد كما قلنا أو قدرها في قبل أو دبر يوجب الغسل ولو في بهيمة أنزل أو لم ينزل اجماعا بعد خلاف تقدم بين السلف اذ قد صح عنه عليه السلام

انما الماء من الماء ويحصن الزوجين ويفسد الصوم ويوجب الكفارة فى رمضان على الرجل نفسه وعن المرأة ان أكرهها ويفسد تتابع الصوم فى الكفارات ويفسد الحج ان وقع قبل الوقوف بعرفة ويوجب العمرة والهدى اذا كان بعد الافاضة وقبل جمرة العقبة ويوجب الهدى اذا كان بعد العقبة وقبل طواف الافاضة وكذلك ان تأخر الرمى عن الطواف ويفسد الاعتكاف ويفسد العمرة ويوجب احجاج المرأة اذا أكرهها ويوجب بر من حلف ان يطأ ويوجب حنث من حلف أن لا يطأ ويوجب القيمة على الاب فى وطء جارية ابنه وعلى الجد فى وطء جارية ابن ابنه ويوجب القيمة على الغاصب ويوجب القيمة على أحد الشريكين اذا وطئ الجارية المشتركة ويقطع عصمة الزوج المفقود اذا دخل بها الثانى ويقطع رجعة الزوج الاول الذى ارتجعها ولم تعلم به ويصح به نكاح الزوج الثانى اذا زوجها وليان لرجلين ولم يعلم أحدهما بالآخر ويوجب تحريم الربيبة ويوجب فسخ نكاح البنت اذا تزوج الام وأولج فيها ويوجب تحريم الاخت لثانية بملك اليمين ويوجب تحريم العمة على بنت أخيها بملك اليمين وتحريم الخالة على ابنة أختها بملك اليمين ويوجب تحريم المنكوحة فى العدة ويوجب الصداق كاملا ويوجب الصداق على الغاصب للحرة والزانى ويصح به النكاح اذا عقد بصداق فاسد ويوجب استمار البنت اذا زوجها أبوها بعده ويوجب العدة ويوجب استبراء الامة ويوجب الاستبراء فى الزنا ويوجب الرجعة ويحل المطلقة ثلاثا للذى طلقها ويوجب الخيار للتى يشترط لها زوجها ان لا يتسرى عليها ان تسرى ويقطع خيار الامة اذا اعتقت تحت العبد ويوجب كفارة الظهار اذا وطئ بعد ان شرع فيها ويسقط الايلاء عن المولى ويوجب اسقاط اللعان ويوجب الحد على الملاعن اذا وطئ بعد الدعوى ويسقط نفقة البنت عن أبيها اذا طلقت ويصح به البيع الفاسد فى الجارية ويسقط به الخيار فى بيع الامة ويسقط القيام بالعيب فى الامة ويسقط

اعتصار الاب فى الهبة و يوجب القيمة فى هبة الثواب فذلك خمسون حكما (ولا بد من تتميم) اعلم ان أحكام الوطء على أربعة أقسام قسم يتعلق بالوطء الحلال و بالشبهة لا بالحرام كالنسب والعدة والصداق الكامل وتحريم المصاهرة ونحو ذلك وقسم يتعلق بالحرام المحض دون التأثم وقسم يتعلق بالحلال والحرام والشبهة كوجوب الغسل وافساد العبادات من الصوم والحج والاعتكاف ونحو ذلك وقسم يتعلق بالشبهة ولولا قصد الاختصار لتتبعنا ذلك باستجلاب النصوص لكن لا يخفى على الحاذق اللبيب ذلك عند تأملها واذا أقر أحد الزوجين بالوطء وأنكر الآخر لم يكن محصنا وقال ابن القاسم المقر بالوطء محصن دون المنكر ﴿الفرع الثانى﴾ اذا اختلفت أحكام الزانى والزانية فيكون أحدهما حرا والآخر مملوكا أو أحدهما محصنا والآخر غير محصن فيحكم على كل واحد بحكم جنسه ﴿الفرع الثالث﴾ من فعل فعل قوم لوط رجم الفاعل والمفعول به سواء كانا محصنين أو غير محصنين وقال الشافعى حده كالزانى فى رجم المحصن ويحد غيره مائة وقال أبو حنيفة يعزر ولا شئ عليه من الحدوان كان عبدا فقيل يرجم وقيل يجلد خمسين وهو الاصح لان العبد لا يرجم والشهادة فى اللواط كالشهادة فى الزنا ومن أتى امرأة فى دبرها فقيل عليهما حد الزنا وقيل حد اللواط ﴿الفرع الرابع﴾ واذا تساحقت امرأة مع أخرى فقال ابن القاسم يؤدبان على حسب اجتهاد الامام وقال أصبغ يجلدان مائة ﴿الفرع الخامس﴾ الرجم بالحجارة المتوسطة قدر ما يرفع الرامى لا بصخرة كبيرة تقتل بمرة ولا بحصيات صغار ﴿الفرع السادس﴾ اذا حضر الامام الرجم جاز له ان يبدأ هو ثم يأتى غيره وقال أبو حنيفة تلزمه البداية اذا ثبت الزنا بالاقرار وتلزم البداية للشهود اذا ثبت بالشهادة ﴿الفرع السابع﴾ يستحب ان يحضر لحد الزنا طائفة من المؤمنين وأقلهم أربعة وقال ابن حنبل اثنان وقيل واحد وقيل عشرة ﴿الفرع الثامن﴾ لا يحفر للمرجوم حفرة يرجم

فيها

فيها خلافا للشافعي رحمه الله

﴿الفصل الثالث﴾ فيما يثبت الحد وذلك بثلاثة أشياء الاعتراف والشهادة وظهور الحمل فاما الاعتراف من العاقل البالغ فيوجب الحد ولو مرة واحدة واشترط ابن حنبل الاعتراف أربع مرات وزاد أبو حنيفة في أربعة مجالس فان رجع عن اعترافه الى شبهة لم يحد وان رجع الى شبهة فقولان وان رجع بعد ابتداء الحد وقبل تمامه قبل منه في المشهور وأما في الشهادة فأربعة رجال يشهدون مجتمعين لا تراخي بين أوقات اقامتهم للشهادة على معاينة الزنا كالمرود في المكحلة فان كانوا أقل من أربعة لم يحد المشهود عليه وحد الشهود حد القذف وان رجع بعض الاربعة قبل الحكم أو شك في شهادته بعد أدائها حد الاربعة وان رجع أو شك بعد الحكم حد الراجع أو الشاك وحده وان شهد الثلاثة وتوقف الرابع حد الثلاثة دون الرابع وان شهدوا مفترقين في مجالس حدوا خلافا لابن الماجشون (وأما الحمل) فان ظهر بحرة أو أمة ولا يعلم لها زوج ولا أقر سيدها بوطئها وتكون الحرة مقيمة غير غريبة فتحد خلافا لقولهما لا حد بالحمل فان قالت غصبت أو استكرهت لم يقبل ذلك منها الا ببينة أو امارة على صدقها كالصياح والاستغاثة ويقيم السيد على عبده أو أمته حد الزنا والقذف والشرب خلافا للشافعي

﴿الباب الخامس في حد القذف وفيه ثلاثة فصول﴾

﴿الفصل الاول﴾ في شروط الحد في القذف وهي ثمانية منها ستة في المقذوف وهي الاسلام والحرية والعقل والبلوغ والعفاف عما رمي به في الزنا وان تكون معه آلة الزنا فلا يكون حصورا ولا مجبوبا قد جب قبل بلوغه واثنان في القاذف وهما العقل والبلوغ سواء كان حرا أو عبدا مسلما أو كافرا ويحد القاذف اذا قذف ولده على المشهور وتسقط عدالة الوالد

﴿الفصل الثاني في معنى القذف﴾ وحده الرمي بوطء حرام في قبل

أو دبر ونفي من النسب للاب بخلاف النفي من الام وتعريض بذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة لاحد في التعريض بل تعزير الا أن يقول أردت به القذف فيحد وذلك ان رمى أحدا بكره فلا يخلو أن يرجع مارماه به الى ما وصفنا أو الى غير ذلك فليس فيه حد القذف ولكن فيه التأديب باجتهاد على حسب ما يقول القائل والمقول له وان رجع الى ما ذكرنا ففيه حد القذف (فمن ذلك) من رمى أحدا بالزنا أو اللواط أو قال له لست لابيك أو لست ابن فلان يعني أباه أو جده أو أنت ابن فلان يعني غيرهما سواء كانت أم المقذوف مسلمة أو أمة وفي معنى ذلك الكناية كقوله للعربي يا ابن بربرى أو شبه ذلك خلافا لهما وأما التعريض فقوله ما أنا بزان وما أنا ابن زنا ومن قال لامرأته زنيت بك فعليه حد الزنا وحد القذف ﴿فرع﴾ في تكرار القذف من قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها اتفاقا فان قذفه فحد ثم قذفه مرة أخرى حد مرة أخرى اتفاقا فان قذف جماعة في كلمة فليس عليه الا حد واحد جمعهم أو فرقهم وقال الشافعي يحد لكل واحد منهم وقال قوم ان جمعهم في كلمة واحدة كقوله يا زناة حد حدا واحدا وان فرقهم حد لكل واحد منهم

﴿الفصل الثالث في مقدار حد القذف وموجبه ومسقطه﴾ فأما مقداره فجلد الحر والحرة ثمانين جلدة ويجلد العبد والامة أربعين جلدة عند الجمهور وقال الظاهرية ثمانين وتسقط شهادة القاذف اذا حد اتفاقا ولا تسقط قبل أن يحد خلافا للشافعي وأصبغ وان تاب قبلت شهادته خلافا لابي حنيفة وأما ما يسقط الحد عن القاذف فشيآن (أحدهما) اذا اثبت على المقذوف ما رمى به أو كان معروفا به (الثاني) اختلف فيه هل يسقط الحد اذا عفا المقذوف فقال مالك له العفو بلغ ذلك الامام أو لم يبلغ وروى عنه ان له العفو ما لم يبلغ الامام فاذا بلغه فلا عفو وفاقا للشافعي الا أن يريد سترا على نفسه وقال أبو حنيفة لا عفو بلغ ذلك الامام أو لم يبلغ وأما

موجب

موجب الحد فاعتراف القاذف أو شهادة عدلين عليه فان كان شاهدا واحدا حلف القاذف فان نكل سجن أبدا حتى يحلف وان لم يقم شاهد فلا يمين على المدعى عليه هكذا قال صاحب الجواهر وقال ابن رشد فى اجازة شهادة النساء فى القذف وثبوته باليمين مع الشاهد وايجاب اليمين على القاذف بالشاهد الواحد أو بالدعوى اذا لم يكن شاهد خلاف بين أصحابنا ﴿فرع﴾ يجوز فى المذهب التعزير بمثل الحدود وأقل وأكثر على حسب الاجتهاد وقال ابن وهب لا يزاد فى التعزير على عشرة أسواط للحديث الصحيح وقال الشافعى لا يبلغ به عشرون سوطا وأبو حنيفة لا يبلغ به أربعين وتقدم فى الغصب الكلام ويأتى بقيته فى السرقة ان شاء الله اثر هذا

﴿الباب السادس فى السرقة وما يلحق بها وفيه ثلاثة فصول وخاتمة﴾

﴿الفصل الاول فى شروط القطع﴾ وهى احدى عشر (أولها) العقل (ثانيها) البلوغ فلا يقطع الصبى ولا المجنون اتفاقا (ثالثها) أن لا يكون عبدا للمسروق منه فلا يقطع العبد اذا سرق مال سيده (رابعها) أن لا يكون له على المسروق منه ولادة فلا يقطع فى سرقة مال ابنه وزاد الشافعى الجد فلا يقطع فى مال حفيده وزاد أبو حنيفة كل ذى رحم واختلف فى الزوجين اذا سرق كل منهما من مال صاحبه (خامسها) أن لا يضطر الى السرقة من جوع (سادسها) أن يكون الشئ المسروق مما يتمول ويجوز بيعه على اختلاف أصناف الاموال وقال أبو حنيفة لا قطع فى طعام ولا فيما أصله مباح كالحطب ولا قطع فى خمر ولا خنزير ولا فى شبه ذلك ولا قطع فيما لا يتملك الا فى سرقة الاولاد الصغار فانه يقطع سارقهم خلافا لهما ولابن الماجشون ولا فى الحر الكبير (سابعها) أن لا يكون للسارق فيه ملك فلا قطع على سارق رهنه من مرتهنه وأجير أجرته من المستأجر ولا من سرق شيأ له فيه نصيب ولا على صاحب الدين اذا سرق من غريمه واختلف فيمن سرق من المغنم قبل القسمة ان كان له فيها نصيب (ثامنها) أن يكون المسروق

نصابا فأكثر خلافا للحسن البصرى والظاهرية والنصاب عند الامامين ثلاثة دراهم من الورق أو ربع دينار من الذهب شرعيــة أو قيمة أحدهما من السرقة ويقوم بالاغلب منهما فى البلاد والنصاب عند أبى حنيفة عشرة دراهم وعند أبى ليلى خمسة دراهم ويقطع سارق المصحف ومن أخرج كفنا من قبر اذا بلغت قيمته النصاب خلافا لابى حنيفة فيهما واذا سرق جماعة نصابا ولم يكن فى نصيب أحدهم نصيب قطعوا خلافا لهما الا أن يكون فى نصيب كل واحد نصاب فيقطعون اتفاقا (تاسعها) أن يكون من حرز وهو الموضع الذى يحرز فيه ذلك المسروق من دار أو حانوت أو ظهر دابة أو سفينة مما جرت العادة ان الناس يحفظون أموالهم فيه فلا قطع على من سرق من غير حرز عند الجمهور خلافا للظاهرية وقد يختلف ذلك باختلاف عوائد الناس ولا يقطع من سرق قناديل المسجد خلافا للشافعى واختلف فى قطع من سرق من بيت المال وفيمن سرق الثياب المعلقة فى حبل الغسال ولا يقطع الضيف اذا سرق من البيت الذى أذن له فى دخوله واختلف اذا سرق من خزانة فى البيت ولا قطع فيمن سرق شجرا أو ثمرا معلقا على الاشجار (عاشرها) أن يخرج الشئ المسروق من الحرز (حادى عشرها) أن يأخذه على وجه السرقة وهى الاخذ الخفى لا على وجه الانتهاب والاختلاس والاختطاف من غير حرز خلافا لابن حنبل والظاهرية ولا فى الغصب والخيانة فيما ائتمن عليه وقال ابن حنبل والظاهرية ان استعار شيأ فجحده قطع خلافا للثلاثة

❊الفصل الثانى فيما يجب على السارق❊ وذلك حقان حق لله تعالى وهو القطع وحق للمسروق منه وهو غرم ما سرق فاما القطع فتقطع يده اليمنى ثم ان سرق ثانية قطعت رجله اليسرى ثم ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ثم ان سرق بعد ذلك ضرب وحبس وقال أبو حنيفة لا يقطع فى الثالثة ولا الرابعة بل يضرب ويحبس

وقطع

وقطع الايدى من الكوع وقطع الارجل من المفصل الذى تحت الكعبين وأما الغرم فان كان الشئ المسروق قائما رده باتفاق وان كان قد استهلكه فمذهب مالك انه ان كان موسرا يوم القطع ضمن قيمة السرقة وان كان عديما لم يضمن ولم يغرم وقيل يضمن فى العسر واليسر وقيل لا يضمن فيهما وفاقا لابى حنيفة ولا يجمع عنده بين القطع والغرم وان كان الشئ المسروق مما لا يجب فيه القطع لقلته غرمه باتفاق فى العسر واليسر

﴿الفصل الثالث فيما تثبت به السرقة﴾ وهو الاعتراف والشهادة (فاما الاعتراف) فان كان بغير ضرب ولا تهديد ففيه القطع وسواء كان حرا أو عبدا وان كان بضرب وتهديد لم يقطع بمجرد اقراره وان رجع عن الاقرار لم يسقط عنه الغرم وسقط القطع اذا رجع الى شبهة وان رجع الى غير شبهة فقولان ويكفى فى الاقرار مرة وقال ابن حنبل مرتين (وأما الشهادة) فرجلان عدلان ولا يقطع بشاهد ويمين ولا بشاهد وامرأتين وانما يجب بذلك الغرم خاصة ﴿خاتمة﴾ حد السرقة كما فى الشامل أخذ مال أو غيره من حرز خفية لم يؤتمن عليه اه وقال ابن عرفة أخذ مكلف حرا لا يعقل لصغره أو مالا محترما لغيره نصابا أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه وهذا أشمل لما ذكرناه بخلاف الاول ﴿فائدة﴾ قال عياض أخذ المال بغير حق على ضروب عشرة حرابة وغيلة وغصب وقهر وخيانة وسرقة واختلاس وخديعة وتعد وجحد واسم الغصب يطلق على الجميع فى اللغة فالحرابة كل ما أخذ بمكابرة ومدافعة والغيلة ما أخذ بعد قتل صاحبه بحيلة ليأخذ ماله وحكمه حكم الحرابة والغصب ما أخذه ذو القدرة والسلطان والقهر نحوه منه الا ان يكون من ذى القوة فى جسمه للضعيف ومن الجماعة للواحد والخيانة كل مال أخذ أمانة أو يدا والسرقة ما أخذ على وجه الاختفاء والاختلاس كل ما أخذ بحضرة صاحبه على غفلة وفر آخذه بسرعة والخديعة كل ما أخذ بحيلة كالتشبه بصاحب

الحق وصاحب الوديعة أو المتزيي بزي الصلاح ليأخذ المال بذلك والجحد انكار ماتقرر بذمة الجاحد وأمانته وهو نوع من الخيانة والتعدي ماأخذ بغير اذن صاحبه بحضرته أو مغيبه اهـ من البهجة ثم ان الدعوى على السارق اما أن يكون المدعى عليه من أهل الصلاح ولم تقم عليه بينة بما ادعى عليه واما ان تكون على أهل الطلاح أما الاول فلا تسمع الدعوى عليه ويؤدب المدعي وأما أهل الصلاح فبمجرد الدعوى عليهم يحبسون وينكلون وأما القسم الثالث وهو المجهول الحال فيحبس للاختبار وهذا معنى قول التحفة

ومدعى على امرئ ان سرقه * ولم تكن دعواه بالمحققه
فان يكن مدعيا ذاك على * من حاله في الناس حال الفضلا
فليس من كشف لحاله ولا * يبلغ بالدعوى عليه أملا
وان يكن مطالبا من يتهم * فمالك بالضرب والسجن حكم
وحكموا بصحة الاقرار * من ذاعر يقبض لاختبار

ثم الذي جرى به العمل ان حبس القاضي المتهم الذي يجب حبسه أو تخويفه أو ضربه فأقر بذلك فانه يؤاخذ باقراره كما ذكره ابن رحال ونقله في البهجة والمتيطية ويشهد له ما في التبصرة وقول القرافي ونصه (اعلم) ان التوسعة على الحكام في أحكام السياسة ليس مخالفا للشرع بل تشهد له الادلة والقواعد من وجوه احدها ان الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الاول ومقتضى ذلك اختلاف الاحكام (وقال أيضا) موضوع ولاية الوالي المنع من الفساد في الارض وقمع أهل الشر وذلك لا يتم الا بالعقوبة للمتهمين المعروفين بالجرائم اهـ قال أثره صاحب البهجة واذا كان الفساد قد كثر في زمن القرافي فكيف بذلك في زمننا فلا يعترض على صاحب التحفة ولا غيره ممن سلك مسلك غير المشهور في هذه النازلة ولان خلاف المشهور يرتكب للاصلاح واذا جرى به العمل قاوم المشهور ولما

انتشر

انتشر الفساد وعم صار غاية فى التحقيق فكان أوثق من البينة على هؤلاء المفسدين ولذلك جرى العمل بأغرام المتهم بمجرد الدعوى وانظر ما تقدم فى الغصب والاحكام تختلف باختلاف الاوقات والنوازل والبلدان فرب بلد غلب على أهلها الصلاح ورب بلد لم يغلب ورب شخص غلب عليه الصلاح ورب شخص بالعكس ووقعت منه فلتة فلا يقال بغرمه ولا بخلوده فى السجن ويستدل بكثرة الشكوى وتكررها وكون المتهم وقعت منه فلتة أو تكررت منه الجنايات فالحاكم المتقى ينظر بنور الله قال تعالى ان تتقوا الله يجعل لكم فرقانا الآية ﴿تنبيه﴾ نقل البرزلى فى نوازله ان سراق المغرب اليوم كلهم لصوص تجرى عليهم أحكام الحرابة من القتل أو القطع من خلاف أو النفى كما قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا ان يقتلوا الآية لا أحكام السرقة المنبه عليها بقول الله والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية لانهم يجعلون أحد السراق عند رأس صاحب المنزل فى الحاضرة أو البادية متى رآه تحرك ضربه أو هدده ويجعلون واحدا يخرج المتاع والحيوان والباقون واقفون بالسلاح يمنعونه ممن يقوم عليهم قال والحكم فيهم انهم اذا أخذوا بعد ان قتل أحدهم رب المنزل قتلوا جميعا وان لم يقتلوا أحدا جرت عليهم أحكام الحرابة واذا أخذ واحد منهم كان ضامنا لجميع ما أخذوه اهـ (قال فى البهجة) قلت وما قاله صحيح وما ذكره من الحكم عليهم بما ذكر انما هو اذا ثبت عليهم ذلك ولو بالسماع الفاشى لقول خليل فى الحرابة ولو شهد اثنان انه المشتهر بها ثبتت وان لم يعايناها واما ان لم يثبت ذلك لا بالسماع ولا بغيره وهو الغالب فى هذا الوقت لعدم من يشهد على من اكتسب التعظيم والاحترام بتلصصه كما مر فى الغصب فانه ينكل ويخلد فى السجن ولا أقل من ان ينفى من الارض مؤاخذة له بالايسر ردعا له ولامثاله اهـ منه ﴿قلت﴾ هذا اذا وجد من ينفيه اما الآن فبالحاكم يسرق وبالحاكم يتلصص لانه ان

اخذ أموال الناس أخذ الحاكم الحظ الاوفر سرا فلا حول ولا قوة الا بالله اللهم أيد ولاة الاسلام لمن يسدد النظر فى الاحكام ويسلك النظام حتى يدوم الانتظام وانظر الى قوله تعالى وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون وقال عز من قائل واذا أردنا ان نهلك قرية أمرنا مترفيها ففسقوا فيها فحق عليها القول فدمرناها تدميرا وقال ولكم فى القصاص حيوة وفقنا الله لما فيه رضاه ووفقهم لما فيه صلاح ملكهم وأبقاء وارتضاه آمين

الباب السابع فى شرب الخمر وحده وما يلحق بذلك

وفيه ثلاث فصول (الفصل الاول) فى شروط الحد وهى سبعة (الاول) أن يكون الشارب عاقلا (الثانى) أن يكون بالغا (الثالث) أن يكون مسلما فلا حد على الكافر فى شرب الخمر ولا يمنع منه (الرابع) أن يكون غير مكره (الخامس) أن لا يضطر الى شربه لغصة (السادس) ان يعلم انه خمر فان شربه وهو يظنه انه شراب آخر فلا حد عليه (السابع) أن يكون يعلم ان الخمر محرمة فان ادعى أنه لا يعلم ذلك فاختلف هل يقبل قوله أم لا فيحد أولا

الفصل الثانى فى مقدار الحد وهو ثمانون جلدة للحر وأربعون للعبد وقال الشافعى أربعون للحر وعشرون للعبد وقال الظاهرية الحر والعبد سواء (وكيفيته) أن يضرب بسوط معتدل ليس بالخفيف ولا مبرح وقيل الضرب فى الحدود كلها سواء ويضرب قاعدا ولا يجرد ولا يربط ويضرب على الظهر والكتفين وتضرب المرأة وعليها ما يسترها ولا يقيها الضرب ولا يضرب فى حال سكره ولا يجلد المريض ويؤخر الى برئه ولا يضرب فى الحر الشديد ولا فى البرد الشديد الذى يخشى فيهما اهلاكه

الفصل الثالث فيما يثبت به الحد وهو الاعتراف أو شهادة رجلين على الشرب ويلحق بذلك ان تشم عليه رائحة الشراب خلافا لهما ويشهد بذلك من يعرفها ويكفى فى استهلاك الرائحة شاهد واحد لانه من باب الخبر **مسئلة** فى تداخل الحدود وسقوطها وكل ما تكرر من

الحدود من جنس واحد فانه يتداخل كالسرقة ان تكررت أو الزنا أو القذف فتى أقيم حد من هذه الحدود أجزأ عن كل ما تقدم من جنس تلك الجناية فان ارتكبها بعد الحد حد مرة أخرى واذا اختلفت أسباب الحدود لم تتداخل و يستوفى جميعها كالشراب والزنا والقذف الا ان حد الشرب يدخل تحت حد القذف لانه فرع عنه فينبغى ان يغنى أحدهما عن الآخر ولا تسقط الحدود بالتوبة والصلاح فى الحال ولا بطول الزمان بل ان ثبت الحد ولم ينكر أقيم عليه الحد حين يثبت ولو بعد حين وان تاب فلا يتعرض لاسباب اقامة الحد فان ذلك من تنطع التائبين فمن تحققت توبته فقد غفرت خطيئته لانه ورد ان التوبة تجب ما قبلها ثم ان كل حد اجتمع مع القتل فالقتل يشمله و يغنى عنه الا حد القذف فانه يحد وحينئذ يقتل

﴿الباب الثامن فى الحرابة وفيه ثلاثة فصول﴾

﴿الفصل الاول﴾ فى معرفة المحارب وهو الذى شهر السلاح وقطع الطريق وقصد سلب الناس وسواء كان فى حصن أو قفر وقال أبو حنيفة لا يكون محاربا فى مصر وكذلك من حمل السلاح على الناس بغير عداوة ولا ثارة فهو محارب ومن دخل دارا بليل وأخذ المال بالكره ومنع من الاستغاثة فهو محارب والقاتل غيلة محارب وكل من كان معاونا للمحاربين ولو بجاهه كالكمين والطليعة فحكمه كحكمهم خلافا للشافعى

﴿الفصل الثانى فى حكم المحاربين﴾ ويجب ان يوعظوا أولا و يقسم عليهم بالله ثلاثا فان رجعوا والا قوتلوا وقتالهم جهاد فى سبيل الله ومن قتل من المحاربين فدمه هدر ومن قتلوه فهو شهيد واذا أخذ المحارب قبل توبته أقيم عليه الحد وهو القتل والصلب أو قطع اليد والرجل أو النفى كما فى الآية فالامام مخير فاما القتل والصلب فيجمع بينهما و يقدم الصلب عند ابن القاسم و يؤخر عند أشهب وأما القطع فتقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وأما النفى فللحر دون العبد ينفى الى بلد آخر و يسجن فيه وقال

أبو حنيفة يسجن في بلده حتى تظهر توبته وان قتل المحارب فلا بد من قتله سواء قتل حرا أو عبدا أو ذميا ولا يجوز عفو ولي المقتول كما تقدم قوله

والعفو لا يغني من القرابه * في القتل بالغيلة والحرابه

وان لم يقتل المحارب فالامام مخير بين القتل أو النفي أو القطع أو النفي يفعل من ذلك ما يراه نظرا وزجرا للفاعلين وأمثالهم ولا يحكم في ذلك بهواه وقال الشافعي لا يخير بل هذه العقوبات مرتبة على الجنايات فان قتل قتل وان أخذ المال قطع وان لم يقتل ولم يأخذ المال نفي

﴿الفصل الثالث في توبة المحاربين﴾ واذا تاب المحارب قبل ان يقدر عليه سقط عنه الحد ووجب عليه حقوق الناس من القصاص وغرم ما أخذ من الاموال وحكمه في الغرم حكم السارق في عسره ويسره وقيل يسقط عنه الحد والقصاص ويطالب بالاموال وقيل يسقط عنه الحد والقصاص والاموال وهو ظاهر قوله جل من قائل الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واختلف في صفة توبته فقيل ان يترك ما كان عليه من الحرابة ويأتي الامام وقيل ان يأتي الامام تائبا وقيل ان يتحلى بأحوال أهل الصلاح وينقطع الى الدين والعبادة

﴿الباب التاسع في البغي﴾

البغاة هم الذين يقاتلون على التأويل مثل الطوائف الضالة كالخوارج وغيرهم من أهل الاهواء والذين يخرجون عن الامام ويمتنعون من الدخول في طاعته أو يمنعون حقا وجب عليهم كالزكاة وشبهها أو القبائل بعضهم مع البعض كما في مغربنا وغهد الكلام في هذه المسئلة التي عم وقوعها وضعف الالتفات اليها لعل الله يصلح أمر الرعية بالراعي وتشنف الآذان الواعية الى الداعي قال تعالى في محكم وحيه الحكيم الذين ان مكناهم في الارض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر وقال تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما

فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا ان الله يحب المقسطين انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون الى ان قال ومن لم يتب فاولئك هم الظالمون بل الى آخر الآيات فلنجاب هنا ما يتعلق بهذه الآيات من الامور السياسية ثم نتبعه بالاحكام الفقهية (فنقول) اذا اقتتل طائفتان من المؤمنين فيجب الاصلاح بينهما بما أمكن ولو بقتال الباغية كما صرح به تعالى فى قوله فقاتلوا التى تبغى والاصلاح يكون بالنصح والدعاء الى حكم الله قال عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه من وصل أخاه بنصيحة فى دينه ونظر له فى صلاح دنياه فقد وصله ونصحه وقال مطرف وجدنا أنصح العباد لله الملائكة ووجدنا أغش العباد لله الشياطين (ويقال فى الحكم) من كتم السلطان نصحه والاطباء مرضه والاخوان بثه فقد خان نفسه والاصلاح بين الناس اذا تفاسدوا من أعظم الطاعات وأتم القربات وكذا نصرة المظلوم وفى الحديث الا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة قالوا بلى يارسول الله قال اصلاح ذات البين وقال لقمان كذب من قال الشر يطفى الشر فان كان صادقا فليوقد نارين ثم لينظر هل تطفئ احداهما الاخرى وانما يطفئ النار الماء وفى الحديث المسلم أخ المسلم لا يخذله ولا يعيبه ولا يتطاول عليه فى البنيان فيستر عنه الريح الا باذنه ولا يؤذيه بقتار قدره الا ان يغرف له منها ولا يشترى لبنيه الفاكهة فيخرجون بها الى صبيان جاره ولا يطعمونهم منها وقال بعض العارفين سعى الانسان فى مصالح غيره من أعظم القربات الى الله تعالى وتأمل فى موسى عليه السلام لما خرج يمشى فى الظلمة فى حق أهله ليطلب لهم نارا يصطلون بها او يقضون بها الامر الذى لا يقضى الا بها فى العادة كيف انتج له الطلب سماع كلام ربه من غير واسطة ملك فكلمه الله فى غير حاجته وهى النار ولم يكن يخطر له هذا المقام بخاطر فلم يحصل له الا فى وقت السعى

فى مصالح العيال وذلك ليعلمه الله بما فى قضاء حوائج العائلة من الفضل فيزيد حرصا فى حقهم لانهم عبيده على كل حال وكذلك الفار من الاعداء الذين أرادوا قتله انتج له الحكم والرسالة كما حكى الله عز وجل عنه بقوله ففررت منكم لما خفتكم الآية وذلك لان فراره كان عن مصلحة الغير ونصرته فلينظر العاقل ما أنتج السعى والاصلاح فى حق الغير والآية الكريمة نزلت فى قتال حدث بين الاوس والخزرج تجالدوا بالعصى أو بالنعال والايدى أو بالسيف أيضا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرأها عليهم فالآية عامة فى جميع المؤمنين الى يوم القيامة فان لم ترجع الطائفة الباغية عن بغيها فيجب قتالها حتى تمتثل حكم الله فى كتابه وهو المصالحة ورفع العداوة والطاعة لله ولرسوله ولاولى الامر فان أطاعت فاقلعوا عن قتالها واسلكوا مسلك المؤمنين كما قال انما المؤمنون اخوة قال بعض الاجلاء كل من كان فيه صفة العدل فهو ملك وان كان الحق ما استخلفه بالخطاب الالهى فان من الخلفاء من أخذ المرتبة بنفسه من غير عهد الهى اليه بها وقام بالعدل فى الرعايا استنادا الى الحق كما قال عليه السلام ولدت فى زمن الملك العادل يعنى كسرى فسماه ملكا ووصفه بالعدل ومعلوم ان كسرى فى ذلك العدل على غير شرع منزل لكنه نائب الحق من وراء الحجاب وخرج من لم يقم بالعدل كفرعون وأمثاله من المنازعين لحدود الله والمغالبين لجنابه بمغالبة رسله فان هؤلاء ليسوا بخلفاء الله ولا نوابا له بل هم اخوان الشياطين وفى الآية دلالة على ان الباغى لا يخرج بالبغى عن الايمان لان احدى الطائفتين فاسقة لا محالة اذا اقتتلتا وقد سماهما مؤمنين وبه يظهر بطلان ما ذهب اليه المعتزلة والخوارج من خروج مرتكب الكبيرة عن الايمان ويدل عليه ما روى عن على رضى الله عنه انه سئل وهو القدوة فى قتال أهل البغى عن أهل الجمل وصفين أمشركون هم فقال لا من الشرك فروا فقيل له أمنافقون هم فقال

لا ان المنافقين لا يذكرون الله الا قليلا قيل فما حالهم قال اخوا ننا بغوا علينا فأعلمه كرّمه الله بمنازع القرآن وفيه دلالة على ان الباغي اذا أمسك عن الحرب ترك لانه فاء الى أمر الله وانه يجب معاونة من بغى عليهم بعد النصح والسعي في المصالحة بدلالة قوله تعالى فأصلحوا بينهما فان النصح والدعاء الى حكم الله واجب عند وجود البغي من الطائفتين فلان يجب عند وجوده من أحدهما أولى (ثم اعلم) ان الباغي في الشرع هو الخارج على الامام العادل وبيانه في الفقه ما ذكروه وانهم يدعون الى الحق بنصوص الكتاب والسنة وكلام الائمة فان فعلوا اقبل منهم واقلع عنهم وان أبوا قوتلوا وحل سفك دمائهم فان انهزموا لم يتبع منهم منهزم ولا يجهز على جريحهم الا ان يخاف رجوعهم ولا تحل أموالهم وحريمهم أولى بالحرمة لانهم مسلمون وان أخذوا لم يقتلوا ولا يقام عليهم حد الحرابة لانهم متأولون ولا يقتل منهم أسير بل يؤدب ويسجن حتى يتوب وهل يغرمون مالا أم لا فيه خلاف بين المتأخرين فمن مبيح كالبرزلي وأشباهه ومن محرم وعليه صاحب العمل حيث يقول ولم تجز عقوبة بالمال الخ نعم ان تحقق انهم لا يرجعون الا بالاغرام فيجوز بقدر المصلحة ومصرفه يكون في المصالح العامة لهم ولغيرهم لانك قد علمت ان المصالح الدينية كثيرا ما تتبع المصالح الدنيوية فيصرف المأخوذ منهم في بناء الاسوار والقناطير وسد الانهار وكف النيران (وقد سئلت) عن مسئلة وهي ان النيران في الآستانة كثيرة الاتلافات هل يجوز للامام ان يجعل صندوقا لجميع الاموال من هذه الغرامات وشبهها كما هو مقرر من عوائد البيوت لترصيف الازقة وايقاد النور في الشوارع وكنس مين البحر وغير ذلك (فاجبت) انه ان كان المأخوذ يصرف فيما ذكر من المصالح العامة ويسلم من الايدي العادية فحكمه حكم خفراء البيوت والاسواق فان كل الناس يدفعون ولا يسرق في النادر الا القليل ومع ذلك اعتبره الشرع وأجازه كما تقدم وليس من

القمار فى شئ كما يظنه الغبى الذى لامسيس له بعطان الشرع الشريف بل هو من الجهاد بالاموال لان النار والبحر من جملة الصوال وقال خليل ووجب دفع صائل بما أمكن ويجب الاطمئنان للرعية بما أمكن فان فعل هذا الامام فانه ينتج عنه اطمئنان النفوس عند اتقاد النيران بخلاف مارأينا عليه الناس مانادى منادى الحريق الا وتفطرت القلوب واشتد التمزيق فلو تنبه هذا الامام بهذا الضعيف لاطمأن اليه قلبه وتقرر ان الاحكام الشرعية تدور مع العلل والله أعلم بالصواب (وأماما أتلفه البغاة) من الاموال والنفوس فان كانوا قد خرجوا بتأويل فلا ضمان عليهم وان خرجوا من غير تأويل فعليهم الضمان القصاص فى النفوس والغرم فى الاموال (فتلخص) ان قتال البغاة يمتاز عن قتال المشركين باحد عشر وجها (الاول) أن يقصد بالقتال ردعهم لا قتلهم (الثانى) لا يتبع من أدبر منهم فضلا عن ان يقتل (الثالث) لا يجهز على جريحهم بل يؤخذ ويداوى ويحسن اليه لان النفوس مجبولة على حب من أحسن اليها فكيف بمثل هذا (والرابع) لا تقتل أسراهم بل ينظر فيهم فان اقتضى الحال المن من عليهم بالسراح وان اقتضى الحال التغريب غربوا عن وطنهم وان اقتضى الحال سجنهم سجنوا (والخامس) لا تغنم أموالهم على المشهور وان غنمت على مقابله جعلت فى المصالح كما قررنا سابقا وبدئ بمصالحهم بعد مصالحتهم فهو ينمى محبتهم للطاعة (والسادس) لا تسبى ذراريهم لانهم أحرار وقد ورد الوعيد فى حق من باع حرا وأكل ثمنه فلا ينظر الله اليه يوم القيامة ولا يزكيه وله عذاب أليم مع بقية أصحابه (والسابع) ان لا يستعان عليهم بمشرك لورود قوله عليه السلام انا لا نستعين بمشرك وما استعان أحد عليهم بمشرك الا وتعذر الرجوع الى طاعته من وجوه (والثامن) لا يصالحون على مال على ماسبق (والتاسع والعاشر والحادى عشر) لا تنصب عليهم المنجنيقات ولا النيران تطلق عليهم

اتحرقهم وتحرق مساكنهم ولا تقطع شجرهم وهذا كله مالم يتوصل اليهم الا بذلك بان لم يقاتلوا حتى يظهر الفشل فى الامام والجماعة أو ان يحتاج الامام الى مؤنة عظيمة من الاموال والانفس والاتلافات والابان بلغوا الغاية فى العناد والامام قادر ان يطلق أودهم فيفعل معهم ما أمكن الرجوع به الى الطاعة وأيضا ان تركهم يتجرأ عليه جارهم فليدفع بالتى هى أحسن فان نجع والافبما أمكن ﴿تنبيه﴾ مما يكثر البغى والخروج العمال الظلمة فيجب على الامام ان يتفقد أحوال العمال والحكام ويجعل عليهم الجواسيس فمتى رأى ارتكاب بعضهم مالا يحل عزله من وظيفته وأبدله بمن هو خير منه فان أصل كل بلية احتجاب الامام عن الرعية

﴿فصل﴾ وأما قتال المحاربين فانه كقتال البغاة الافى خمس مسائل فان المحاربين يجوز تعمد قتلهم (والثانى) يتبع مدبرهم (والثالث) يطالبون بما استهلكوا من دم ومال فى الحرابة وغيرها (والرابع) يجوز حبس أسراهم لاستبراء أحوالهم (والخامس) ان ما أخذوه من الزكوات والخراج لا يسقط عمن كان عليه لانهم غصاب خلافا لابن الماجشون (نعم) ان صرفوه فى مصالح عامة بحيث لو رفعت الى الامام لاجراها فأرى انهم لا يؤاخذون به ويسقط عن أربابه كبناء الجسور وكف الانهار واصلاح الطرقات للقاعدة ان من فعل فعلا لو رفع الى الحاكم لم يفعل غيره لا يلزمه غرم

﴿الباب العاشر فى المرتد والزنديق والساب والساحر﴾

(أما المرتد) فهو العاقل البالغ الذى يرجع عن الاسلام طوعا اما بالتصريح بالكفر واما بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه فقولنا العاقل البالغ احترازا من المجنون والصبى كما قيل

وكل تكليف بشرط العقل * مع البلوغ بدم أوحمل
أو بمنى أو بانبات الشعر * أو بثمان عشرة حولا ظهر

وقولنا طوعا احترازا من المكره لقوله تعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره الآية وقولنا بالتصريح بالكفر مثل أن يقول انه كافر بالله أو برسوله أو بأحد من الانبياء أو الملائكة أو الكتب المنزلة أو اليوم الآخر أو بالقدر خيره وشره ونحو هذا مما أوجبته الشرائع كجحد الصلاة أو بلفظ يتضمنه كقوله الله لو فعل كذا لكان عين الحكمة أو برشح بتنقيص الانبياء والرسل والملائكة وقولنا أو بفعل يتضمنه كأن يهين المصحف عمدا أو يلوث الكعبة والاماكن الشريفة امتهانا لحرمتها (والحكم فيه) ان يستتاب ويمهل ثلاثة أيام وقال الشافعي في أحد قوليه يستتاب في الحال فان تاب والا قتل كفرا لا يغسل ولا يصلى عليه ويطمس قبره وقال علي بن أبي طالب يستتاب شهرا فان تاب والا قتل وقال سفيان الثوري يستتاب أبدا فان تاب قبلت توبته وان لم يتب وجب عليه القتل ﴿قلت﴾ أبدا مع قوله وجب عليه القتل مشكل فتأمله ولا يرثه مسلم من قرابته ولا يرث هو مسلما مات في حال ردته ويكون متروكه فيئا في بيت المال ولا يرثه أيضا ورثته الكفار الا أن يكون عبدا فماله لسيده (وحكم) المرأة ان ارتدت كالرجل وقال علي بن أبي طالب تسترق وقال أبو حنيفة ان كانت حرة حبست حتى تسلم وان كانت أمة جبرها سيدها على الاسلام ﴿بيان﴾ لا خلاف في تكفير من نفى الربوبية أو الوحدانية أو عبد غير الله أو كان على دين اليهود أو النصارى أو الصابئين أو قال بالحلول أو التناسخ أو اعتقد ان الله غير حي أو عالم أو نفى عنه صفة من صفاته أو قال صنع العالم غيره أو قال هو متولد عن شئ أو ادعى مجالسة الله حقيقة أو العروج اليه أو قال بقدم جوهر العالم أو شبه ذلك أو قال بنبوة أحد بعد محمد صلى الله عليه وسلم أو جوز الكذب على الانبياء أو قال بتخصيص الرسالة بالعرب أو غيرهم وادعى انه يوحى اليه وحي الانبياء أو يدخل الجنة في الدنيا بجسمه الترابي هذا أو كفر جميع الصحابة أو جحد شيئا مما يعلم بالضرورة أو سعى الى

الكنائس نرى أهلها أو قال بسقوط التكاليف عن بعض الاولياء أو جحد حرفا أو أكثر من القرآن أو زاد حرفا فيه أو غيره عن مضمونه أو قال انه ليس بمعجز أو قال الثواب والعقاب أو الجنة والنار معان لا جواهر أو قال الائمة والاولياء أفضل من الانبياء ومن أكره على شئ مما ذكر وقلبه مطمئن بالايمان كما في الآية فلا شئ عليه في الدنيا ولا في الآخرة واذا انتقل الكافر من ملة الى أخرى فلا شئ عليه لان الكفر ملة واحدة (وأما الزنديق) فهو الذى يظهر الاسلام ويسر الكفر فاذا عثر عليه قتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله في دعوى التوبة الا اذا جاء تائبا قبل ظهور زندقته وقال الشافعي وأبو حنيفة تقبل توبته ولا يقتل (وأما الساحر) فيقتل اذا عثر عليه كالكافر واختلف هل تقبل توبته أم لا قال العراقى هذه المسئلة في غاية الاشكال فان السحرة يفعلون أشياء تأبى قواعد الشرع تكفيرهم بها من الخواص وكتب آيات من القرآن وشبه ذلك ﴿قلت﴾ وقد تداخلت افعالهم في كرامات الاولياء وعسر تمييز هذا من هذا فتارة تصدر منهم أفعال تشبه الكرامات وتارة تشبه أفعال هاروت وماروت وقد شاهدنا من هذا ما التبس به الامر علينا ولم نر مثل الحاجة الشفشاونية بمجرد ما تستمسك بالحناء والجاوى تغيب عن أحوالها ثم تتكلم بكلام يشبه كلام الصبيان وتخبر عن كل ما سألتها عنه من سرقة أو أحوال مريض أو غائب فيتضح الامر كما أخبرت عنه وكانت في بعض الاحيان تخرج ثعبانا من فيها حتى ينزل نصفه على صدرها والباقى منه في جوفها تتقد عيناه ويحرك لسانه كالثعابين ولونه أخضر وشهرة هذا الامر معلومة عنها في شفشاون وفاس ونواحيهما وقد لقيتها بمكة المشرفة وسألتها عن أحوالها فذكرت ان الثعبان ارتاحت منه بمواجهتها للحجرة المحمدية على ساكنها أفضل الصلاة والسلام وذكرت لى سبب ذلك وهو انها كانت في دكان أبيها بشفشاون تركها لحفظ دكانه وهى صغيرة فانتهب منها بعض

المردة شيأ من المتاع وهى نائمة ولما انتبهت من النوم وتفقدت ماضاع
خافت من عقاب أبيها فتركت الدكان وذهبت الى ضريح سيدى على بن
راشد خارج باب البلد وهى تبكى فأخذها النوم فلم تفق حتى قرب العشاء
ففزعت وقامت تبكى واذا بشئ اختطفها ووضعها فى بيت مظلم فبينما هى
هكذا واذا بقواس وضباط كأنهم من قبيل الحكومة فأخذوها وأدخلوها
مدينة كبيرة كثيرة المصابيح والاضواء ثم ادخلوها قصر الملك فكان أبهج
وأنور من المدينة ولم يزالوا سائرين بها حتى أجلسوها بين يدى الملك فسألها
فلم تحسن الجواب من شدة الخوف فذكر له أحد جلسائه كيفية اختطافها
فاحضر الخاطف وسئل عن سبب اختطافه فاجاب وجدها تبكى
واختطفها فقال له السلطان ألم تعلم العهد الذى أخذنا مع سيدى عبد
الرحمن الشريف خذوه فاحضر هيكل يشبه قمقم النحاس وأدخل فيه ثم
أمر بارجاعها الى باب بيت أبيها فقال له أحد الجلساء انها تشرفت بالمثول بين
يديك ولا بد لمن حصل على هذا الشرف ان تظهر غرته عليه فقال له اعطها
مايصلحها فقال لها افتح فاك ففتحت فاها وتفل فيه فمن يومئذ وقع لها ماذكر
ولو فصلت نوادرها فى وزان وتطوان وفاس وشفشاون لضاق لها المقام
لكن اقتصر هنا على حكاية وقعت لى وهى انى لما أمرنى السلطان مولاى
محمد قدس سره على أمر مطبعة الكتب فى مصر طلبت من سيادته الجواز
على شفشاون فيوم قدمتها مكثت عند بعض الاصحاب الى نحو من نصف
الليل ولما أتيت دارى غبت برهة واذا أنا مصاب بالريح الاصفر أعاذنا الله منه
ولم يقرب الفجر الا وأنا فى غاية الاحتضار وكانت ساكنة بجوارى فاستدعاها
حريمى وفعلت عادتها من مضغ الحناء والجاوى وغابت عن حسها ثم أخبرت
أنه لا بأس على هاتوا ليمونا وسكرا وماء زهر أوورد الشك من طول المدة
وأضافت الى ذلك ماء ثم قالت اسقوه والله لا يصلى الظهر الا فى مسجد

أبي خنشة أحد مساجد البلد فظن الاهل ان الصلاة تكون على فسقوني فاستقر الشراب في جوفي حتى انقطع القيء والجري وطلبت بعده الطعام ولم نصل الظهر الا في المسجد المذكور (وأما حكم) من سب الله تعالى أو النبي صلى الله عليه وسلم أو واحدا من الانبياء والملائكة فان كان مسلما قتل اتفاقا واختلف هل يستتاب أم لا فعلى القول بالاستتابة تسقط عنه العقوبة اذا تاب وفاقا لهما وعلى عدم الاستتابة وهو المشهور عندنا لا تسقط عنه بالتوبة كالحدود وأما ميراثه اذا كان يظهر السب فلا يرثه ورثته وميراثه فيء وتطلق زوجته كما تطلق هي أيضا ان فعلت شيأ وكذلك اذا ارتد أحد الزوجين طلق وان كان منكر الشهادة عليه فماله لورثته وأما ان كان كافرا فان سب بغير ما به كفر فعليه القتل والا فلا قتل عليه لانه على ذلك ترك ودخل تحت الذمة واذا وجب عليه القتل فاسلم فاختلف هل يقبل منه أم لا ومن سب أحدا ممن اختلف في نبوته كذي القرنين أو في كونه من الملائكة لم يقتل وأدب أدبا وجيعا (وأما) حكم من سب أحدا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أو أزواجه أو أهل بيته فلا قتل ولكن يؤدب بالضرب الموجع ويكرر ضربه ويطال سجنه (وأما) حكم من سب أحدا من التابعين وتابع التابعين لهم باحسان الى يوم الدين فيؤدب أيضا بالاجتهاد لان المؤمن على المؤمن كله حرام دمه وماله وعرضه (وينبغي) بل يتأكد ان يتأدب المسلم مع أخيه في الآداب الشرعية سيما الآداب المذكورة في سورة الحجرات وغيرها من الآيات البينات قال تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم وورد عنه عليه السلام في حجة الوداع انه قال في خطبة بليغة خطبة الوداع منها ياأيها الناس الناس من آدم وحواء لا فضل لعربي ولا لعجمي ولا لأحمر الا بالتقوى قال تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم (ثم اعلم) ان الالفاظ في هذا الباب تختلف أحكامها باختلاف معانيها

والمقاصد بها وقرائن الاحوال تقيدها فمنها ماهو كفر ومنها ماهو دون الكفر ومنها مايجب فيه الادب ومنها مالا يجب فيه شئ الا الاجتهاد وكل قضية يجتهد فيها بحسب الاشخاص والاعيان والازمان والمكان وقد استوفى القاضى أبو الفضل عياض فى كتاب الشفا أحكام هذا الباب وبين أصوله وفصوله فمن أراد ذلك فعليه به * قال كاتبه * عبد القادر بن عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن محمد بن عبد الملك بن محمد بن عبد الملك الشفشاونى الورديغى الخيرانى البريشى قد تم ما قصدنا جمعه فى هذه الرسالة بحمد الله وحسن عونه فجاء بحمد الله نادرة فى بابه ومسكا فائح الارجاء كيف لا وقد اجتمع فيه ما يتعلق به من أقوال الائمة الاربعة وأجلاء أئمة الدين المتبعة كالسفيانين والحسن البصرى وعبد الله بن المبارك واسحق ابن راهويه والنخعى وداود والليث بن سعد وسعيد بن المسيب والاوزاعى وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين * واعلم ان هذه الرسالة تمتاز عن غيرها على ماهو من جنسها بثلاث مزايا (المزية الاولى) انها جمعت بين تمهيد أقوال أئمة المذهب المالكى وذكر الخلاف العالى الذى بين الائمة المتقدمين والخلاف الذى بين أئمة المذاهب المتأخرين والذى جرى به العمل الى ما حليتها به من نصوص التحفة وخليل وغيرهما (وأما المزية الثانية) فانى جمعتها بحسن التقسيم والترتيب والتتميم والتنبيه والتفريع فكم فيها من تقسيم قسيم وتفصيل أصيل يقرب البعيد ويبين الشديد (وأما المزية الثالثة) القصد فيها بين البيان والايجاز والبيان لا الالغاز على ان ذلك قلما يجتمع فى مثلها ونسأل الله الكريم ان ينفع بها من وقف عليها أو طالعها ثم أتممتها بفهرسة تشتمل على ما أودع فيها من الحكم والاحكام وأختم ذلك بالحمد لله الملك العلام والصلاة على سيدنا محمد عليه السلام وآله وأصحابه الكرام فنقول

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

فيه

صحيفة

صحيفة

صحيفة

انتهى بحمد الله وحسن عونه بتاريخ يوم الخميس جمادى الاولى عام سنة ١٣٠٦ وصلى الله على سيدنا محمد كلما ذكرك الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

نحمدك يا من جعلت منصب القضاء من أشرف المناصب وأعددت لمن عدل فيه جليل المواهب وشريف المراتب ونصلي ونسلم على من أرسلته لوضع الشريعة الغراء ورفع مباني الملة البيضاء وعلى آله وأصحابه الذين أظهروا الدين وقضوا بالحق المبين (أما بعد) فقد تم طبع شمس الهدايه لتذكار أهل النهايه وارشاد أهل البدايه وهي رسالة في القضاء على المذاهب الاربعه وغيرهم من المذاهب أولى الاحكام المتبعه تأليف علامة الزمان وعين أعيان البيان الفاضل الوحيد والنحرير الماهر المجيد بدر المغرب الذي استضاء نوره في الآفاق وكوكب المجد الذي له في المعالي فضل السباق من هو بالثناء عليه جدير حضرة الاستاذ الشيخ عبد القادر الشفشاوني حفظه اللطيف الخبير وهي رسالة جزيل نفعها وجليل وقعها مملوءة بالفوائد ومشحونة بالفرائد ينبغي ان ينزه الطرف في رياض بديعها ويجري الطرف في ميدان حسن صنيعها وكان طبعها البهي اللطيف وشكلها الجميل الظريف بالمطبعة التي من نظر الى حسنها اكتفى مطبعة محمد أفندي مصطفى التي بجوار القطب الدردير بمصر القاهره لازالت آنسة عامره وتم سلك النظام وفاح مسك الختام في خمس وعشرين من رمضان سنة ١٣٠٧ من هجرة سيد ولد عدنان صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وكل من انتسب لجنابه ماتوالى الملوان وطلع النيران

م


LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY
Digitized by Google


Princeton University Library
32101 076390135